الشركات في الفقه الإسلامي

بحوث مقارنة

للأستاذ

علي الخفيف

١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م

٢٥٣,٩٠٠٢ علي الخفيف.

ع ل ش ر الشركات في الفقه الإسلامي: بحوث مقارنة/ علي الخفيف.- القاهرة: دار الفكر العربي، ١٤٣٠هـ = ٢٠٠٩م.

١٥٩ ص؛ ٢٤سم.

تدمك: ١ - ٢٤٩٨ - ١٠ - ٩٧٧

١- الشركات (فقه إسلامي). ٢- المعاملات (فقه إسلامي). أ- العنوان.

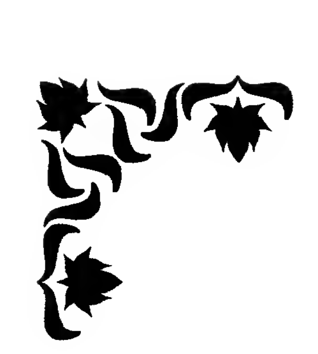
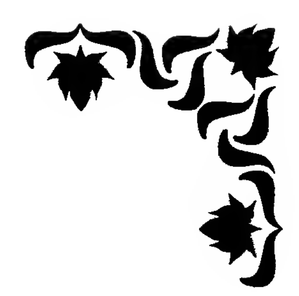
جمع إلكترونى وطباعة



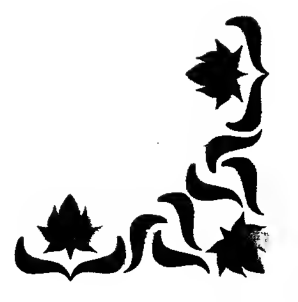
التنفيذ الفنى

هناء عصام شعبان

رقم الإيداع ٨٧١٠ / ٢٠٠٩

بسم الله الرحمن الرحيم







مقدمة



الحمـد لله الذي شرع لنا من الدين مـا تحيا به الضـمائر وتسـتنير به البصائر، والصلاة والسـلام على سيدنا محمد خير الهـداة المرشدين، سعد بهديه من استن بسنته واشترع شرعته، ومن أعرض عنها كان من الخاسرين.

أما بعد فهذه دروس فـي الشركات وبحوث مقارنة فيهـا عرضت فيها لآراء الفقهاء من أرباب المذاهب المخـتلفة، وضعتها لطلبة مـعهد الدراسات العربية العالية إرشادًا لهم وتثقيفًا وهداية وتوجيهًا راجيًا أن تكون أساسًا من أسس وحدة العرب التشريعية ولبنة في بناء وحدتهم الاجتماعية حتى تزدهر حياتهم ويستشعروا وجودهم.

والله أرجو أن يجنبي الخطأ ويعصمني من الزلل، وهو حسبي ونعم الوكيل.

علي الخفيف



الشركة

معناها لغة:

يقال شركته في الأمر أشركه من باب تعب شركا وشركة - وزان كلم وكلمة «بفتح الأول وكسر الثاني» إذا صرت له شريكًا. وجمع الشريك شركاء وأشراك، وورد المصدر أيضًا شِرْكة بكسر فسكون، ويقال شركت بينهما في المال تشريكًا كما يقال أشركته إذا جعلته شريكا، وقيل أيضًا شاركه وتشاركوا واشتركوا - والشرك النصيب جمعه أشراك كقسم وأقسام.

معناها فقها:

والشركة عند الفقهاء قد تكون شركة إباحة، وقد تكون شركة ملك، وقد تكون شركة عقد.

والأولى تكون فيما أبيح للناس أن ينتفعوا به جميعًا، وفي ذلك جاء حديث أبي خراش عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاثة: في الماء والكلأ والنار». أخرجه أحمد وأبو داوود. وفيه قال ابن حجر رجاله ثقات.

وصححه ابن السكن. وجاء في بعض الروايات: الناس شركاء في ثلاثة إلى آخر الحديث.

وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يمنع الماء والنار والكلأ» وفيه قال ابن حجر: إسناده صحيح «وزيد في رواية عن عمر: والملح» وفي رواية عن عائشة رضي الله عنها أنها سألت رسول الله ﷺ: ما الشيء لا يحل منعه؟ فقال ﷺ الملح والماء والنار. وإسناده ضعيف. وأحاديث هذا الموضوع تنهض بمجموعها حجة لتضافرها وتعدد طرقها.

وقد انعقد إجماع الفقهاء على أن المراد من الماء ما ليس محرزًا، أما المحرز فهو ملك لصاحبه إذ قد سبقت إليه يده فصار ملكًا له لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به»، وذلك حكم أي مباح تسبق إليه يد إنسان لحيازته. كلأ كان أم ملحًا أم غيرهما.

والكلأ هو الحشيش أو العشب رطبًا كان أو يابسًا ينبت في أرض غير مملوكة بدون صنع أحد. فإن نبت في أرض مملوكة ففي إباحته خلاف: ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يكون ملكًا لمالك الأرض لأنه لم ينبت بفعله وصنعه - وذهب آخرون إلى أنه يكون ملكا له لتحقق إحرازه إياه بإحراز الأرض ومنعها.

والمراد بالنار الانتفاع بها استضاءة واستدفاء واصطلاء. لأن النار اسم لغاز محترق في الهواء - أما الجمر فليس بنار، وهو ملك لمالك الحطب أو الخشب الذي صار جمرًا بالاحتراق، إن كان مملوكًا، وإلا كان مباحًا - والمراد بالملح ما يوجد منه في الجبال غير محرز من أحد.

وفي حكم هذه الأشياء جميع الأموال المباحة التي لم تصل إليها يد إنسان فتحرزها فالانتفاع بها مشترك بين جميع الناس لا يختص به فرد دون آخر إلا أن يحرزها إنسان فتصير ملكا له وعند ذلك يختص بمنفعتها.

والثانية شركة الملك:

وهي نوعان: ١- نوع ينشأ بفعل الشركاء. ٢- والنوع الثاني يثبت من غير فعلهم وإرادتهم.

فأما النوع الأول الذي ينشأ بفعلهم فهو ما كان أثرًا لتصرف أو فعل صادر منهم كأن يشترك اثنان أو أكثر في شراء شيء واحد أو يشتري شخص واحد جزءًا شائعًا من سلعة من السلع أو توهب عين من الأعيان لاثنين أو أكثر فيقبضوها، أو يوصى لهم بها فيقبلوا الوصية، أو يوصي لإنسان بجزء شائع من عين فيقبل الوصية، أو يستولي اثنان فأكثر مجتمعين على مال مباح، أو يخلط انسان ماله بمال غيره عن رضا منه فيمتنع التمييز بين المالين أو يتعذر، ففي هذه المسائل وما يشابهها ثبت شركة الملك بين المشترين والبائع أو بين الموهوب لهم أو المستولين أو الخلطاء وهكذا.

وأما النوع الثاني الذي يثبت بغير فعل الشركاء، فقد يكون سببه الوراثة؛ كالشركة التي بين الورثة في المال الموروث، وقد يكون سببه الوصية في بعض صورها التي لا تتوقف على القبول كالوصية لحمل انفصل اثنين.

وموضوع شركة الملك في نوعيها قد يكون عينًا من الأعيان، وذلك ما يعبر عنه في بعض الكتب بحال الشيوع في الأملاك كدار يرثها عدد من الورثة أو يتملكها بالشراء أكثر من مشتر واحد - وقد يكون دَينًا كدَيْن لمتوفى ينتقل بوفاته إلى ورثته أو كثمن مبيع باعه مالكوه بثمن مؤجل بعقد واحد . . وعلى أية حال فكل شريك في هذا النوع من الشركة أجنبي بالنسبة إلى حصة صاحبه فيما هو مشترك بينهما فهو لا يملك أن يتصرف فيها إلا إذا كان ذا ولاية عليها بوكالة أو وصاية أو نحوها. كما لا يجوز له الانتفاع بها إلا بإذن من صاحبها.

غير أن الحنفية قد ذهبوا إلى أنه يجوز للشريك أن ينتفع بجميع العين المشتركة في غيبة الشركاء إذا كانت دارًا أو أرضًا أو خادمًا بشرط ألا يضر ذلك بأحد الشركاء. ولا يلزم حينئذ بأجر لشركائه نظير انتفاعه بحصصهم في هذه الحال، وذلك بناء على جريان العرف بذلك واعتباره مأذونًا عرفًا في ذلك الانتفاع إذ إن ذلك خير من ترك العين المشتركة معطلة دون أن ينتفع بها أحد - وقسمتها في غيبة مالكيها غير جائزة.

أما بالنسبة إلى حصته فله التصرف فيها دون توقف على رضا الآخر فيبيعها لمن يشاء من شريك أو غير شريك إلا في حال الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز له البيع من غير الشريك إلا بإذن شريكه؛ ذلك لأن الاشتراك بينهما ليس مختلطًا إذ كل حبة من الخليط هي ملك لواحد منهما معين غير مشترك بينهما، فإذا باع مقدارًا منه فقد باع منه ما هو مملوك لصاحبه وإذا سلم المبيع

فإنه يسلم في ضـمنه ما هو مملوك لصاحبه، ولا يتـأتى له البيع على الشيـوع لأنه لا شيـوع في الحقيـقة وإنما الموجود اخـتلاط بخلاف غير هذه الحال - على أن من المالكية من يشترط في بيع الشريك حصته الشائعة إذن صاحبه مطلقا لما قد يصيبه من الضرر بسبب اشـتراكه بناء على البـيع مع من لا يرغب ومن يكون في شركته ضرر.

والحنفـية قـد ذكـروا في تفصـيل أحكام هذه الحـال على العموم شـروطًا وأحوالاً تختلف فيـها أحكامها فـارجع إليها إن شئت في جامع الفصولين، وشـرح الدر للحصكفي وحاشية ابن عـابدين عليه من كـتاب الـشركـة، إذ ليس ذلك من موضـوع دراستنا تلك.

غير أن الشـركة في الدين تختص ببعض أحكام يبدو فـيها أن تصرف أحد الشركاء في حصته ليس تصرفًا مطلقًا بل قيد في بعض الأحوال بقيود روعي فيها مصلحة شريكه وذلك ما يدعونا إلى أن نعرض لذلك لأنه كثير الحدوث في واقعنا.

في الاشتراك في الدين:

إذا كان موضوع شـركة الملك دينًا فإن كل شريك لا يملك إلا ما يخصه في الدين وهو أجنبي بالنسبة إلى حصة شركائه فيه فليس له أن يطالب المدين إلا بأداء حـصته فـقط ولا يطالبه بأداء حصـة غيره، ولا يـحق له قبضـها ولا يجوز لـه أن يقبض من الدين إلا مـا كان في حـدود حصتـه منه. فإذا تجـاوز ذلك إلى قبض مـا يزيد على حصته فـلا تبرأ به ذمة المدين بل تظل ذمـته

مـشغـولة، ويحق لصاحـبـه أن يطالبه بأدائه. وكـذلك إذا أراد الشريك مخاصمة المدين أمام القضاء لم يخاصمه إلا في حصته، ولا يحكم له بأكثر منها، ويجبـر المدين على دفعها إليه ولو كان ذلك في غيبة شركائه. كمـا يجوز له أن يتصرف فيها بالإبراء أو بالهبة أو بالمصالحة عليهـا ببدل أو بشراء عين بها أو بالإيصاء بها لآخر، أو يقبل بها كفيـلا، أو يقبل الحوالة بها على حويل، أو يستأجر بها من المدين عينا ينتـفع بها، أو يجعلها مهراً، وما إلى ذلك من التصرف. وكل هذه الأحكام أثر من آثار ثبوت الشركة في الدين وتملكه لحصة منه.

تأجيل الشريك حصته:

وقد كان مقـتضى ذلك أنه يجوز لأي شريك في الدين أن يؤجل المدين بالنسبة إلى حصتـه فيه أي يؤجل حصته من الدين لأنه إذا جاز له أن يبرئه منها جاز له أن يؤجل أداءها؛ لأن ذلك دون الإبراء - ولكن ذلك كان موضع خلاف. فأبو حنيفة رحمه الله ذهب إلى عدم جوازه بناء على أن ذلك يعد من قـبيل قسمة الدين قبل قبضـه. والقسمة في الدين قبل قبضه غـير متصورة؛ ذلك لأن أساس الـقسمـة التمـييـز والإفراز، وذلك بأن يصـير نصيب كل واحـد من الشركاء في حـيز وفي جهـة غير جـهات الأنصباء الأخرى، وذلك لا يتصـور إلا في الأعيان. لأنه فعل حسي لا يكون إلا في الحـسيات. وليس يتـصور في الدين لأنه عدم في الحقـيقة، ولا يتصـور تمييز ولا انقسـام في المعدوم قال

الكاساني في بدائعه: إن هذا (أي تأجيل حصة من الدين) من قبيل قسمة الدين قبل قبضه وأنها غير جَائزة، لأن الدين اسم الفعل واجب وهو فعل تسليم المال، والدين مال حكمي في الذمة، وكل ذلك عدم حقيقة إلا أنه أعطى حكم الوجود لهذه الحاجة، ولا حاجة إلى قسمته قبل قبضه فبقى في حق القسمة على حكم العدم لا يحتمل القسمة والدين عدم لأنه وصف شرعي اعتباري.

وإلى ذلك فإن القسمة لا تتم إلا بالقبض وقبض ما في الذمة غير ممكن. ولأن القسمة تتضمن المبادلة والتمليك لأن كل شريك يملك ما كان لصاحبه من حصة فيما أعطي له نظير ماله من حصة فيما أخذ صاحبه، وتمليك الدين لغير من عليه الدين لا يجوز.

وذهب أبو يوسف إلى خلاف ذلك فأجاز للشريك في الدين أن يؤجل حصته لما ذكرنا من أنه إذا جاز له أن يبرئ منها فأولى أن يجوز له أن يؤجلها، إذ التأجيل إسقاط حق المطالبة بالدين إلى حين، وذلك بعض آثار الإبراء.

وقد اختلفت الرواية عن محمد، فروى أنه مع أبي يوسف، وروى أنه مع أبي حنيفة.

وقد يلاحظ على ما قيل من أن عدم جواز التأجيل مرده إلى عدم جواز قسمة الدين بأن التأجيل ليس من قبيل القسمة،

لأنه ليس إلا مجرد التزام بالامـتناع عن المطالبة مدة من الزمن. وذلك أمـر يتعلق بالدائـن نفسـه، ولا يمس الدين إلا عرضًـا. وعلى ذلك يظهـر أنه لا يترتب عليـه قسـمة الدين حـتى يكون ممتنعًـا لامتناع قـسمة الديـن. وإنما يترتب عليـه اختـلاف حال الدائنين المشـتركين؛ فـأحـدهما يكون له حق المـطالبة بحـصتـه والآخر ليس له حق المطالبة بحـصته، وليس لذلك أثر في الدين نفسه - كما أنه لا أثر كذلك لاختصاص كل منهما بحق المطالبة بحصة منه مـعينة المقدار وهي حصـته في نفس الدين في الدين نفسه ولا يعد ذلك أمرًا يترتب عليه قسمة الدين.

وإذا لوحظ على هذا بأن جواز التأجيل قـد يجر إلى قسمة الدين وذلك عندما يقوم المدين بأداء ما لم يؤجل منه إلى صاحبه قـبل حلول أجل البـاقي. إذ إن ذلك يعـد وفاء لنـصيب أحـد الشـريكين في الدين مع بقاء نصـيب الشريـك الآخر مـؤجلا، وبذلك ينقسم الدين ويتميز نصيب كل شريك عن نصيب الآخر قبل أداء الدين جميعه، وذلك غير جائز فلا يجوز كذلك ما أدى إليـه - إذا لوحظ هذا ردت تلك الملاحظة بما نص عليـه من أنه يجـوز للدائن الشـريك الذي أجل حصتـه أن يرجع فيمـا قبض صاحبه عندما يحل أجل حصته اتفاقًا بين الإمام وصاحبيه أو في الحال قبل حلول أجل حصته كـذلك عند الإمام. ورجوعه فيما قبض صاحـبه من الدين بقدر ما له من حصـة فيه دليل على أن الوفاء لم يكن وفاء عن صحة القابض خاصة - بل كان المقبوض من الدين جمـيعه أو من الحصتين وقـد كان كذلك مشـتركًا بين

الدائنين؛ ولذا كان لغير القابض أن يرجع على القابض بحصته فيما قبض «في الحال عند الإمام» وبعد حلول أجل حصته عند الصاحبين لا قبله لأنه قد أسقط حقه في المطالبة بحصته بتأجيلها، فلم يكن له أن يطالب بها قبل حلول ذلك الأجل إذ الدين المؤجل لا يحق المطالبة به قبل أجله. ولكن إذا حل الأجل كان له أن يطالب القابض بحصته فيما قبض، كما يكون له الخيرة اتفاقًا في أن يترك للقابض ما قبضه ويرجع بحصته على المدين.

وبهذا يظهر أن إقدام أحد الدائنين على تأجيل حصته لا يستلزم قسمة دينهما، وعلى هذا لا يكون امتناع التأجيل من أحد الشريكين لحصته راجعًا إلى عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه كما قيل - ويؤيد هذا ما جاء في حاشية الشرنبلالي على منلا خسرو نقلا عن البرهان: فقد ذكر الشرنبلالي أن تأجيل أحد الشريكين في الدين حصته فيه موقوف على رضا صاحبه عند أبي حنيفة - فإن ذلك ينفي أن المرد في عدم جواز التأجيل من أحد الشريكين هو عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه - إذ لو صح ذلك لكان هذا التأجيل غير جائز مطلقًا سواء رضي به الشريك أو لم يرض. على أنهم مع ذلك قد نصوا على أن أحد الشريكين في الدين إذا أبرأ المدين من حصته صحت براءته وبرئت ذمة المدين منها ولم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء، وكذلك إذا وهبه إياها. كما نصوا على أن المدين لو كان دائنًا لأحد الشريكين في الدين الذي عليه بمثل حصته فيه التقى

الدينان قصاصًا وبرئت ذمتـه من حصة الشريك المدين، وهذا لا يعدو فـي المعنى أن يكون تجزئة الدين المشـترك وقـسمة لـه قبل قبضـه فقد امتـازت حصة أحد الشريـكين بسقوطها أو بالتـقائها قصاصًا مع ما قد يـكون للمدين من دين في ذمة أحد الشريكين بينما بقيت حصة الشريك الآخر.

وبهذا يظهـر أن التمايز متـصور في الدين قبل قبـضه على هذا الوضع، وعلى ذلك فليس مـا يمنع أن تتـميـز حصـة أحد الشريكين بتأجيلها بينـما تكون الأخرى حالة ولو صح أن امتناع تأجيل حصـة أحد الشريكين لامتناع قسمـة الدين لامتنع كذلك بالأولى جواز الإبراء من إحدى الحصـتين لما في ذلك من التمايز بين الحصـتين نهـائيًّـا، لكن قـد يفرق بين حـال التأجيـل وحال الإبراء بأن الاشتراك ثابـت ومتحقق في حال التـأجيل ولكنه في حال الإبراء منعدم إذ إن الإبراء يسقط حصة الدائن فلا تبقى عند ذلك شـركـة في الدين ولا يتـحقق بذلـك انقسـام بين جـزأين مـوجـودين من الدين، وإنما الذي حـدث هو تلاشي جـزء منه وسقوطه نتـيجة إبراء صدر من أحد الدائنين فأخـذ به وحده أما عند التأجـيل فالجـزآن موجودان أحـدهما حال - والآخـر صار مؤجلا وذلك تمايز بينهما يحقق قسمة الدين إليهما.

وقد جاء في تبيين الحقائق على الكنز للزيلعي أن علة عدم جواز التـأجيل هو أن فـي التأجيل ضـررًا على الشـريك الآخر وذلك لأنه بالتأجيل يحمله وحده مؤونة المطالبة بالدين فإذا طلب حصته فقبضها شـاركه فيها الآخر على ما بينا - وربما تكرر منه

ذلك التأجيل بالنسبة لما بقى له من الدين بعد ذلك وتكرر القبض والرجوع - وهذا ضرر بشريكه؛ ولذا إذا رضي شريكه بالتأجيل نفذ لزوال الضرر برضائه - وهذا ما يؤيد ما نقله الشرنبلالي عن البرهان وقد سبق بيانه.

قبض أحد الشركاء في الدين بعضه:

أما ما بني على عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه فهو أن أحد الشريكين إذا قبض بعضه وإن كان ذلك في حدود حصته منه فإن لشريكه فيه أن يرجع عليه فيما قبض بقدر نسبة حصته إلى حصته إلى الدين فإذا كان له نصف الدين رجع عليه بنصف ما قبض - وإذا كان له ثلثه رجع عليه بثلث ما قبض وهكذا لأن ما يقبضه جزء من الدين وهو مشترك، فيكون مشتركًا بينهما وليس له أن يختص به إلا برضا صاحبه وسواه في ذلك الحكم أن يكون الدين حالا أم مؤجلا إذ إن المؤجل يصير بأدائه إلى الدائن حالا فلا يختص أحدهما عند الأداء.

وعلى ذلك إذا دفع المدين جميع الدين إلى أحد الشركاء فيه لم تبرأ ذمته بهذا الدفع إلا من حصة القابض - أما حصة غيره فإن ذمته لا تزال مشغولة بها ويجوز مطالبته بها ومخاصمته فيها بعد ذلك الدفع - وغير القابض بالخيار إن شاء رجع على القابض بحصته فيما قبض، وإن شاء ترك ذلك له وشأنه فيه مع المدين - فإن ترك ذلك له كان له أن يطالب المدين بجميع حصته وكان للمدين أن يرجع على القابض بما زاد على حصته وذلك لأنه إنما أقبضه ليسلم له ما في ذمته - فإذا لم يسلم له كان له

حق الرجوع عليه «يراجع بدائع الصنائع للكاساني جزء ٦ صفحة ٧» وعلى الجملة فليس لأحد الشريكين في الدين إلا ولاية قبض حصته ومن ثم لا تبرأ ذمة المدين بقبضه إلا بقدر ما يقبض عن حصته.

هذا، وإنما يكون للشريك في الدين غير القابض أن يرجع على صاحبه القابض فيما قبض - إذا كان ما قبضه أو سلم إليه مما يمكن الاشتراك فيه كما جاء في بدائع الكاساني - وقد بنوا على ذلك أن الوفاء إذا كان بما هو من جنس الدين ثبت للشريك الذي لم يقبض حق المشاركة. وكذلك إذا كان بغير جنس الدين كأن يشتري أحد الشريكين فيه بحصته عينًا أو يستأجر بها عينًا مدة من الزمن - ذلك لأنه بالشراء أو بالاستئجار استقر في ذمته ثمن البيع أو أجرة العين المستأجرة ثم التقى ذلك قصاصًا مع دينه فكأن ذلك في حكم وفاء الدين بما يمكن الاشتراك فيه وهو الثمن أو الأجرة، ولكن إذا أبرأ أحدهما المدين من حصته لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء؛ لأن الإبراء إسقاط فلم يسلم للدائن المبرئ شيء يمكن الاشتراك فيه - وكذلك إذا كان للمدين بالدين المشترك دين على أحد الشريكين في الدين وكان سابقًا في الوجود على الدين المشترك فإن حصة الشريك المدين تذهب في الدين الذي يشغل ذمته قصاصًا ولم يكن لشريكه في الدين أن يرجع عليه بشيء لأن الذي حدث هو أن هذا الشريك قد أوفى دينًا واجبًا عليه في ذمته ولم يسلم له بذلك ما يمكن الاشتراك فيه وكذلك الحكم إذا أتلف أحد الشريكين في الدين مالاً

للمدين كان في يده فلزمه ضمانه فإن حصته في الدين تلتقي قصاصا مع ما لزمه من ضمان، ولم يكن للشريك أن يرجع عليه لنفس السبب السابق إذ لم يقبض الشريك بعد ثبوت الدين من المدين ما يمكن الاشتراك فيه - وذلك بخلاف ما إذا غصب أحدهما مالا للمدين فأتلفه وضمن قيمته، إذ يكون لصاحبه حق الرجوع عليه لأنه قد وصل إلى يده ما يمكن الاشتراك فيه وهو المال المغصوب؛ لأن الملك يستند إلى وقت الغصب - وعندئذ لا يلتقي قصاصًا مع حصته في الدين إلا ما يبقى عليه من الضمان بعد رجوع صاحبه عليه بحصته في قيمة ما غصبه.

وخالف محمد فذهب إلى أن للشريك الحق في أن يرجع في الحالين السابقين ولا فرق بينهما إذ قد شغلت ذمة الشريك في الدين بالضمان في الحالين وهو ما يمكن الاشتراك فيه وقد سلم له، لا فرق في ذلك بين حال الإتلاف لما في اليد وحال الغصب.

ملك الشريك لما قبضه:

ومما ينبغي الالتفات إليه أنهم نصوا على أن أحد الشريكين في الدين إذا قبض منه ما لا يزيد على حصته فيه عد قابضا لحصته وبرئت ذمة المدين منها وسقط حق القابض في المطالبة بقدر ما قبض. وعلى ذلك يملك القابض المقبوض على أنه وفاء لحصته من الدين. ولكن مع هذا يثبت لشريكه حق الرجوع عليه في عين المقبوض لا في بدله بقدر حصته فيه على ما بينا، فإذا اختار الرجوع عليه فرجع عاد للقابض من دينه بقدر ما يوازي ما

أخذ منه، وكــان شريكا في البــاقي من الدين بقدر ذلك - فــقد جاء في تبيين الحقائق: أن القابض قد قبض حقه إلا أن لصاحبه حق المشاركة فــيه، فكان له أن يشارك فإذا اختار المشــاركة صار شــريكا في عين المقــبوض، وذلك مــا يمنع أن يجــبر على أخــذ عوض عنــه لتحقق المبــادلة حينئــذ بين ما ملك ومــا يعطاه بدلا عنه.

ولكن يلاحظ أن الوفاء إذا كان نتيجة صالح على بدل فــإن الخــيار يثــبت أولا للدائن الشــريك بين أن يرجع على الشــريك القــابض أو يترك له مــا قبض ويرجع على المديــن. فإذا اخــتار الرجــوع على الشريك القــابض كــان له «أي للشريك القــابض» الخيار حينئذ بين أن يعطيه حــصته في الدين أو يجعله شريكًا في بدل الصلح على قدر نســبته في الدين - وإنما يثبــت الخيار أولا للدائن الشريك الذي لم يقــبض حتى لا يضار بأن يتــحول دينه إلى ذمة لا يرضاها هي ذمة شريكه - فــإذا اختار تضمين شريكه في الدين لم يلزم ذلك الشريك بأن يشــركه في بدل الصلح لأنه قد ملكه بالعقد ملكًا خالصًــا مختصا به. فكان له عند ذلك في سبيل إيفــائه حقه في المشاركة أن يعطيه حــصته في الدين وذلك أصل حقه أو يجعله شريكا في بــدل الصلح على قدر نسبته في الدين وذلك ما وصل إلى يــده - ولا ضرر عليه في أحــدهما. أما بالنسبة لإعطائه حصته في الدين فهذا أصل حقه وأما بالنسبة لإشراكه في بدل الصلح فلرضاه بذلك حين رضي أن يرجع على شريكه فــيما قــبض بقدر نسبــته في الدين - ولا يضــير مع هذا الرضا أن يكون قد تضمن محاباة ونزولا عن بعض الحقوق لمكان

الرضا به كما بينا إذا كان له أن يرجع بجميع حصته في الدين ابتداء على المدين.

هذا، وقد بنى الفقهاء على ما تقدم أن القابض له أن يتصرف فيما قبضه بيعا وهبة وإقراضا وإجارة ونحو ذلك لأنه حقه فإذا تصرف فيه قبل رجوع شريكه عليه لم يكن لشريكه هذا حق الاعتراض على هذا التصرف ولا حق التتبع ولا سبيل له على من تصرف معه شريكه وإنما يثبت له حينئذ حق الرجوع على شريكه القابض بنسبة ما له في الدين فيما وفَّى له كما يكون له أن يترك ذلك للقابض ويرجع على المدين بجميع حصته في الدين.

وإذا تنازل الشريك الذي لم يقبض عن حقه في الرجوع على صاحبه القابض لزمه ذلك وسلم للقابض ما قبضه ولكن ذلك مشروط بعدم إعسار المدين فإذا أعسر المدين كان لهذا الشريك المتنازل أن يرجع في تنازله لأنه ما تنازل إلا على أساس أن يسلم له ما في ذمة المدين - فإذا لم يسلم له وتوى عاد حقه في المقبوض كما كان. وإذا رجع في هذه الحال رجع بمثل ماله لا في عين المقبوض؛ ذلك لأن عين المقبوض قد استقر فيه ملك قابضه بسبب التسليم فيه وإنما تجدد لغير القابض بسبب الإعسار ضمان آخر فيثبت له بسبب ذلك في ذمة القابض حق جديد كسائر الديون «راجع البدائع جزء ٦ ص ٦٦» وذلك محل للنظر لأن غير القابض حين سلم للقابض ما قبض قد رضي بأصل حقه لدى مدينه ولم يأخذه بدلا حتى تشترط له السلامة ولم

يكن له حق الرجوع إلا لدفع ضرر متوقع رضي به فكيف يتجدد له حق جديد وبأي سبب؟.

ومن النظر في الأحكام المتقدمة يتبين ما فيها من تنافر مرجعه إلى أنها تستلزم أوضاعًا متنافرة بناء على ما هو مقرر من القواعد الفقهية المسلمة. ذلك لأن جواز تصرف القابض فيما قبض ونفاذه فيه دون توقف على رضا صاحبه وعدم ثبوت حق المعارضة له في ذلك التصرف وبراءة ذمة المدين من حصة القابض بهذا الوفاء حتى لم يجعل له الحق في أن يطالب المدين بشيء من دينه بعد قبضه وقبل اختيار صاحبه أن يشاركه فيما قبض. كل ذلك يستلزم أن الشريك القابض إنما استوفى حقه بما قبضه وتملك قبضه ملكا خالصًا وذلك ما يستتبع عدم جواز مشاركة صاحبه له في ذلك.

وإثبات حق الشريك الآخر في الرجوع على صاحبه فيما قبض بقدر نسبته في الدين وصيرورته شريكا له فيما قبض يستلزم أنه قد قبض ما هو مشترك بينهما وأنه لم يستوف من دينه إلا بقدر ما يخصه فيما قبض ولم تبرأ ذمة مدينه إلا بقدر ذلك - وذلك وضعان متنافران، وفيه قال قاضي زادة في تكملته على الفتح: «إن كان حق الشريك الساكت» أي الذي لم يقبض باقيًا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوب حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا.

غير أنه مما عرف مألوفًا بين الفقهاء أنهم في كثير من المسائل التي يرون أنها ذات شبهين بأمرين متنافرين يتجهون في

حلها إلى مراعـاة هذين الشبهين فيـها، فيدفعـهم ذلك إلى مثل هذا التنافـر والتعارض. فـهم في مسألتـنا هذه حين رأوا أن ذمة المدين مشغولة بحصة معلومة القدر من الدين وأن لصاحبها حق اقتضائها وقبضها لأنهـا ملك له راعوا ذلك فجعلوا قبضه ما هو في حدود حصته استـيفاء لحقه لتحقـيق الوفاء به شرعًا. وذلك لمساواته الحق الواجب في الذمة فكان أداؤه أداء لما وجب، وسقط بذلك حقه. وحين ذهبوا إلى عدم جواز قـسمة الدين قبل قبضه وأن الدين هنا دين مـشترك يشـترك في كل جزء منـه الشريكان فيه، وأن أحد الشريكين ليس وكيلا عن صاحبه في اقتضائه ولا في قبـضه اضطروا أن يجعـلوا المقبوض مـشتركًـا لأنه جزء من المشترك وأن يكون بين القابض وصاحبه على نسبة ما لكل منهما في الدين ما لم يتنازل غير القابض عن حقه في الرجوع.

ذلك مذهب الحنفيـة. وذهب الحنابلة الى أن الدين إذا كان مشتركا بين اثنين أو أكثر وهو ما يثبت بعقد واحد أو ميراث من مورث واحـد أو استـهلاك. مـشتـرك أو نحو ذلك قـبض أحد الشركاء فيه منه شيئًا فلغيره من الشركاء مشاركته فيما قبض على نسبة ما لكل منهم في الدين وهو مذهب الحنفية، وقد روي عن أحمد ما يدل على أن القابض يختص بما قبـضه فيعتبر وفاء عن حصته في الدين ولا يشاركه الآخرون فيه، وهذا قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد.

وقال أبو بكر: والـعمل عندي على ما رواه حـرب وحنبل وهو القول الأول وهو الصحـيح ذلك لأنه لا يجوز أن يكون ما

قبـضه القابض نـصيبًـا له لما في ذلك من قسمــة الدين وهو في الذمة - والصحيح في المذهب عدم جواز قسمة الدين في الذمم لعدم تكافئها، والقسمة تقـتضي التعادل وهي من غير تعادل بيع وبيع الدين بالدين محظور، وإلى هذا ذهب النخعي وهو مذهب الحنفية كما تقدم. وقيل: يجوز قسم الدين في الذمم. واختلافها في الملاءة والثقة لا يمنع كاختلاف الأعيان في القيمة وبذلك قال الحسن وإسحق.

وهذا إذا كان الديـن في ذمم متعـددة أما إذا كـان في ذمة واحدة فلا تجوز القسمــة لعدم إمكانها، إذ إن معناها الإفراز ولا يتصــور ذلك في ذمة واحــدة - وعلى هذا القول إذا كـان الدين لدى مدين واحــد يكون المقبــوض والباقي كلاهمــا مشتــركا بين الشركاء، ولغير القابض أن يرجع على من قبض نسبة حصته من الدين كما له ألا يرجع عليه ويرجع على المدين - وإذا أخذ حقه من أحــدهما لم يرجع به على الآخــر منها. وليس للقــابض أن يمنعه من الرجوع على الغريم، بـأن يقول له أنا أعطيك حصتك في المقــبوض كــمــا أنه ليس للغريم أن يمنــعه من الرجــوع على القابض، وذلك ما ذهب إليه أرباب القول الأول مطلقا.

وإذا هلك المقبــوض في يد القابض تعين حقــه فيه فــيهلك عليه لأنه متعــمد بقبضه فيلزمه ضمانه، وإذا لزمــه ضمانه التقى مع حصته في الدين قصاصا وهو مذهب الحنفية.

وإذا أبرأ أحد الشركاء الغريم من حصته في الدين أو أجلها جاز ذلك وذلك وجه يـقوم عليه القول الآخر المـروي عن أحمد

فإن جـواز الإبراء والتأجيل يسـتلزم اختصـاص المبرئ أو المؤجل بحصته ونفاذ تصرفه فيها، وإذن يجوز له بناء على ذلك قبضها، وعلى هذا إذ قبض من لـم يؤجل حصتـه من الدين قبل الأجل الذي أجلت إليه الحـصة الأخرى امتنع على المؤجل أن يـشاركه فيما قبض وهذا اختيار القاضي - وذهب غيره إلى أن له الرجوع فيه وهو الأولى في المذهب لأن الدين الحـال لا يتأجل بالتأجيل على القول الصحيح في المذهب - فوجود التأجيل كعدمه.

وعلى الرواية الأخـرى المروية عن أحمد يكون مـا يقبـضه أحدهم له خاصة دون أصحابه مـا دام ذلك في حدود ما يخصه من الدين لا يزيد عليـه؛ وذلك لأن مـا في الذمة لا ينتـقل إلى العين إلا بتسليمه إلى الدائن، ودين غـير القابض في ذمة المدين فلا يتعلق بعين تعطى لشـريكه في الدين، وإذا لم يتعلق بها لم يكن له حق الرجوع فيـها وكانت مخـتصة بقابضهـا لثبوت يده عليها بحـق - وهو إعطاؤها إليه وفاء لحقه وليـس هذا من قبيل قسمة الدين في الـذمة وإنما تعين حق القابض فيما قـبض بقبضه على وجه الاسـتيفـاء كما يتـعين بالإبراء ولو كان لغيـر القابض شركة فـيه أو حق للحقه ضـمان صحتـه عند التلف ولم يسقط حقه فيه بتلفه كسـائر الحقوق. راجع المغني جزء ٥ صفحة ١٩٧ وما بعدها.

وجملة القول في ذلك أن في هذه المسألة اختلافًا في وجهة النظر وقد شـرحنا لك وجهة النظرين المخـتلفين. وفي هذا القدر من الاستطراد كفاية، ولننتقل بعد ذلك إلى موضوع دراستنا.

«شركة العقد»

هي شركة تنشأ بالعقد - وقد يطلق اسم الشركة على العقد الذي ينشئها وهي بهذا المعنى عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في المال وربحه أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال. وتسمى في الحال الأولى بشركة الأموال وفي الحال الثانية تسمى مضاربة أو قراضًا وقد تسمى مع ذلك معاملة وإن كان اسم المعاملة يطلق أيضًا على المساقاة.

وقد اشتهر اسم المضاربة عند العراقيين واسم القراض عند الحجازيين.

مثال الحال الأولى:

أن يتعاقد اثنان أو أكثر على أن يدفع كل منهم مقدارًا معينًا من المال لتكوين رأس مال يتجرون فيه، على أن يكون ما ينتج من ربح بينهم على نسبة معينة يتفقون عليها.

مثال الحال الثانية:

أن يقوم شخص أو أشخاص بدفع مقدار معين من المال إلى آخر ليتجر فيه على أن يكون الربح مشتركًا بينه وبينهم على نسبة معينة يتفقون عليها.

وقد تكون الشركة عقدًا على الاشتراك في أجر العمل وتسمى شركة الأعمال أو شركة الأبدان أو شركة الصنائع ومثالها أن يتفق اثنان أو أكثر من أرباب المهن والصنائع على العمل على أن ما يأتيهم من أجر يكون بينهم جميعًا على نسبة يتفقون عليها.

وقد تكون عقداً على الاشتراك فيما يشترى ويباع دون أن يكون هناك رأس مال لهم يتجر فيه وتسمى شركة الوجوه أو المفاليس، ومثالها أن يتفق اثنان أو أكثر على العمل في التجارة بلا رأس مال بينهم على أن يشتروا بالأجل ما يتجرون فيه ثم يبيعوه على أن يكون الربح من هذه التجارة بينهم.

وعلى ذلك انحصرت أنواع الشركة في أربعة أنواع:

١) شركة الأموال. ٢) شركة الوجوه.

٣) شركة الأعمال. ٤) شركة المضاربة.

وجميعها صحيحة ومشروعة عند الحنفية والحنابلة والزيدية. وذهب المالكية إلى فساد شركة الوجوه فقط وذهب الشافعي إلى فساد جميع الأنواع عدا شركة الأموال والمضاربة وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية وأهل الظاهر.

شرع الشركة:

كانت الشركة معروفة قبل الإسلام فقد روى أبو داوود وابن ماجه عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي ﷺ: «كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني (أي لا تشك فيَّ ولا تحاورني ولا تلايني)، وفي رواية «كنت شريكي ونعم الشريك كنت لا تداري ولا تماري».

وقد أقر الإسلام هذا النوع من المعاملة والتجارة لحاجة الناس إليها وتعارفهم إياها فقد كانت الشركات - ولا تزال -

ذات نشاط اقتصادي مرموق في الحياة والأعمال التجارية الهامة، وعليها تقوم أعظم الأعمال الصناعية وأهم المشاريع التجارية حتى كان لها سلطان ونفوذ لا يفوقه إلا سلطان الحكومات ونفوذها وذلك لما تقوم عليه الشركات من التضامن والتعاون بين أعضائها بما لهم من أموال وقوة ونظر وتدبير لا يصل إلى مستواه ما للفرد من ذلك.

وقد روى أبو داوود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال حكاية عن الله سبحانه وتعالى: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما»، ويدل هذا الحديث على أنها مشروعة وأنها فوق ذلك مطلوبة على وجه الندب عند الحاجة إليها إذ جعلت سببًا ووسيلة لما يمنحه الله - سبحانه وتعالى- للشريكين من معونة وتوفيق وفلاح لأن الله - سبحانه وتعالى- معهما وما ظنك بشركاء الله معهم.

وقد كانت الشركة معروفة أيضًا عند الرومان؛ ولذا عنى القانون الروماني ببيان أحكامها وجاء فيه أنها من العقود الرضائية التي تتولد عنها التزامات بين المتعاقدين فحسب، كعقد البيع والوكالة والإجازة، وعلى ذلك لم يكن لعقد الشركة في ذلك الزمن من أثر إلا التزامات بين الشركاء المتعاقدين يترتب عليها حقوق لبعضهم قِبَل بعضهم الآخرين، ولم يكن لها وجود خارجي مستقل ولا ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء خلافًا لما هي عليه الآن.

شخصية الشركة :

وهذا هو وضع الشركة في الشريعة الإسلامية فإن الفقهاء لا يجعلون لها وجوداً مستقلا عن وجود أعضائها ولا يرون أن لها ذمة خاصة بها غير ذمم الشركاء ولا يعرفون لها شخصية معنوية، في حين أن ذلك أصبح أمراً جوهرياً يقوم عليه تأسيس الشركات ونظامها في الزمن الحاضر - وهذه نظرية كانت وليدة لما طرأ على الشركات الرومانية من تطور وتنظيم نتيجة لما عهد به إليها من أعمال ضخمة ومشروعات هامة اقتضت تضامن الشركاء ووجود من يمثلهم ويلتزم باسمهم ويتفرغ لما التزم به نظراً لكثرة أعمالهم وتنوعها وحاجتها إلى مجهودات فنية - مما أدى إلى اعتبار رأس المال بالشركة مملوكاً لها لا للشركاء على الشيوع ليكون له استقلاله وأمنه من أن يتعرض لاختلاف الشركاء في رغباتهم ومنازعتهم فضلا عما في ذلك من عدم تعريض أموال الشركاء الخاصة للخطر إذا ما عجزت الشركة من الوفاء بالتزاماتها.

وعلى هذا الأساس بنيت فكرة الشخصية المعنوية للشركة ولكنها لم تتبلور ولم تثمر وتنضج إلا فيما بعد ذلك في عهد الجمهوريات الإيطالية التي قامت في القرون الوسطى.

ولم يتح لهذه الفكرة ظهور في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه فلم يكن للشركة فيه ذمة مستقلة ولم تعتبر لها فيه شخصية معنوية ذات أهلية لأن تلتزم وتلزم، ذلك لأن الفقه الإسلامي حين ظهر إنما اتجه إلى تنظيم الصلات بين الإنسان

وربه أو ما يطلب منه عبادة وتقربًا إليه وإلى تنظيم الصلات والمعاملة بين الناس بعضهم مع بعض فتناولت أحكامه وشمل تنظيمه ما يطلب من الإنسان من عبادة يتقرب له بها إلى خالقه كالصلاة والصوم وغير ذلك من أنواع الواجبات والفرائض الدينية كما عنى ببيان حقوق الإنسان وما يجب عليه لغيره من الناس.

واستتبع وجود هذه الواجبات والحقوق افتراض وجود الذمة وإلصاقها به ثم التعريف بها تعريفًا عامًا يجعلها قابلة ومتسقة لأن تشغل بالواجبات الدينية والدنيوية على السواء، فعرفت بأنها وصف شرعي يكون به الإنسان أهلاً لما يجب له وما يجب عليه أيًّا كان هذا الواجب عبادة، وكانت بهذا المعنى صالحة لأن تشغل بالواجب الديني كالصلاة والصوم وأن تشغل بالواجب المالي المدني كالدين وغيره من أنواع الالتزامات الأخرى. وهي بهذا المعنى لا يتصور وجودها إلا في الإنسان الحي فقط لما له من صفات وخصوصيات يسوغ معها توجه الخطاب من الشارع إليه فكان أهلا لأن يكلف بما يعد عبادة يتقرب بها إلى الله - سبحانه وتعالى - وبما يعد واجبًا اجتماعيا لا قصد فيه إلا العبادة وليس يتصور في المؤسسات ولا في المنشآت ولا في الشركات ونحو ذلك من الأشخاص المعروفة الآن بالأشخاص الاعتبارية أن تكون لها ذمة بهذا المعنى إذ لا تصلح لأن يطلب منها واجب ديني ولا يتصور ذلك بالنسبة إليها.

وعن هذا اقتصرت الذمة على الإنسان الحي في الفقه الإسلامي واستتبع ذلك ثبوت الشخصية الاعتبارية القانونية له

دون غيره من المنشآت والشركات. أما الفقه الوضعي فقد كان ولا يزال تشريعًا خاصا بتنظيم العلاقات المالية أو ما في معناها بين الأفراد أو بين الإنسان والإنسان ولا يتجاوز ذلك إلى علاقته بخالقه، وعن ذلك اقتصرت أحكامه وانحصر تشريعه في الأموال وما إليها من الحقوق والواجبات المالية التي لا صلة لها بالعبادة. وتبع ذلك تفسير الذمة تفسيرًا يفي بهذا الغرض ولا يتجاوزه ففسرت بأنها وحدة قانونية تنتظم جميع الحقوق والواجبات التي تقوم بمال وهي بهذا المعنى يمكن افتراضها في الإنسان وفي غيره من المنشآت والشركات إذا دعت إلى ذلك حاجة الناس وصلاح المعاملة بينهم.

ذلك لأنها على هذا الوضع أصبحت عبارة عن حصيلة مالية نتيجة لما يطلبه صاحبها وما يطالب به من مال وذلك ما يمكن افتراض وجوده في أية منشأة أو شركة.

وقد ساعد على ذلك تطور المعاملات المالية ونماؤها واتساعها وتنوعها وقيام الشركات بالتزامات وأعمال عظيمة ضخمة ينوء بحملها الفرد ولا تقوم بها ماليته ولا ثراؤه ويعيا عن تحمل تبعاتها - بل لقد أدى ذلك إلى تطور في معنى الذمة عند الألمانيين ومن رأى رأيهم ففسروها بأنها مجموعة من الأموال تتكون من عناصر إيجابية وأخرى سلبية، وتتميز بأنها مخصصة لفرض معين لا باستنادها إلى شخص من الأشخاص وسواء فيها أكانت مسندة إلى شخص أم غير مسندة - وعلى كلا التفسيرين أمكن إثباتها للشركات حين دعت الحاجة إلى اعتبارها مستقلة عن أصحابها وإلى وجودها وقيامها باعتبارها قوة اقتصادية لها

في مجال الأعمال والاقتصاد نشاط ملحوظ وهدف معين مطلوب يحدده ويوجهه صالح الجمهور والجماعة المشتركة فيها لا مصلحة فرد معين من المشتركين.

غير أنه يلاحظ أن وقوف الفقه الإسلامي هذا الموقف الذي شرحناه آنفًا وذهابه في تفسير الذمة هذا المذهب لم يتسق مع ما ذهب إليه من الأحكام في كثير من مسائل الوقف وبيت المال والمساجد والقناطر ونحوها ولم يكن ذلك الوضع مانعًا من أن نرى بعض الفقهاء من الحنفية وغيرهم يصرحون بأن الوقف ليس له ذمة وبأن بيت المال لا ذمة له، في حين أنهم أثبتوا لهذه الجهات أحكامًا عديدة تقتضي أن لها حقوقًا قبل غيرها يقوم بطلبها من له القيام على شأنها في ذلك شأن ضعيف الأهلية أو فاقدها من الصغار والمجانين، ذلك لأنهم أجازوا لناظر الوقف أن يستدين على الوقف وأن يستأجر له من يقوم له بأعمال تتعلق باستغلاله أو بعمارته أو بالمحافظة على أعيانه أو غلاته وأن يشتري له بالنسيئة ما يحتاج إليه من البذور والآلات والدواب مما تتطلبه حاجاته، فيكون ما يقترضه وما يستحقه الإجراء من الأجرة وثمن ما يشتريه دينًا يطالب به الوقف في غلته، وإذا أجرت أعيانه كانت الأجرة دينًا للوقف في ذمة المستأجر لا دينا للناظر ولا للمستحقين بدليل أنهم لا يملكون مخاصمته فيها أمام القضاء.

وكذلك ذكروا لبيت المال أحكامًا تماثل هذه الأحكام فأوجبوا في بيت المال كثيرًا من الحقوق، كما أوجبوا له حقوقا

كثيرة، فمن ذلك أنهم قد أوجبوا فيه النفقة للفقراء الذين ليس لهم من تجب عليه نفقتهم وأوجبوا فيه أجور عماله الذين يقومون بجباية أمواله وحقوقه وحراستها وتوزيعها على مستحقيها، وجعلوا للقيِّم عليه أن يبيع من أمواله ما تقضي المصلحة بيعه وأن يشتري له ما يحتاج إليه من أقفال وخزائن، كما أجازوا له أن يقترض عليه إذا احتاج إلى مال وليس فيه شيء منه وغير ذلك من الأحكام المماثلة كثير.

ثم نرى في كتب الشافعية ما يدل على أنهم يجعلون للمسجد ذمة فقد جاء في نهاية المحتاج للرملي «جـ٣ صفحة ١١٦ طبعة الحلبي» أن المسجد يملك، وجاء فيه «جـ٦ صفحة ٤٦» أنه بمنزلة حر يملك وجاء فيه «جـ٥ صفحة ٣٧٠» إنه يوقف عليه ويوهب له وعندئذ يشترط قبول الهبة من ناظره - وجاء في أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري أنه يجوز للناظر على المسجد أن يأخذ له بالشفعة ما يبيعه شريكه من شقص في عقار مشترك بينهما ومثل ذلك كثير في كتب المذاهب المختلفة.

وليس يتفق إثبات هذه الأحكام كما ذكرنا مع قولهم بنفي الذمة عن الوقف والمسجد وبيت المال. إذ إن ثبوت هذه الأحكام لها يستلزم إثبات ذمة لها، إذ لا نعني بثبوتها إلا أن يكون لها حقوق وعليها واجبات هي هذه الحقوق وهذه الواجبات. والناظر في هذه الأحكام وفي غيرها مما هو مماثل لها مما لم نذكره اكتفاء بما ذكرنا يستنبط من مجموعها أن بعض فقهاء

الإسلام يفـرقون في الجـملة بين ما هو مملوك لشـخص معين أو أشخاص معينين. . . كالدواب والشركات وبين ما هو غير مملوك لأحد من الناس كـالمساجـد والقناطر ونحوها مما هو مـخصص لمنفعة عامـة فجوزوا فيما ليس مملوكا لأحـد كالمساجد أن يكون مالكا، وهذا ما نجده في كتب الشـافعية، ولم يجوزوا أن يكون ما هو مملوك لأحد مـالكا، وعلى ذلك أثبتوا للمـسجد وللوقف ملكا ولم يثبتوا للدابة ونـحوها ملكا، ولعل مرد ذلك إلى أن ما هو مملوك لا يتصور أن يكون مالكا ملكا مـستقلا، لأن ما يكون له يصـير ملكا لمالكه، ومـن هذا قيل: العـبد ومـا ملكت يداه لسيده، وعلى الجملة فغير الإنسان لا يتصور أن يكون له ذمة في نظرهم، وعن هـذا لم نجـد من فـقـهـاء الإسـلام من يرى أن للشركات ذمـة مستقلة لأنها مـملوكة لأشخاص معـينين فهي وما يترتب عليها من حقوق لأربابها، وهم الشركاء فيها. أما ما ليس مملوكا لأحد فـقد يتجه النظر فيه إلـى إثبات ملك له على معنى إضافة مال إليه لينفق في نفس مـا هو موجه إليه من الأغراض، وكان ذلك في الواقـع بمعنى أن يوضع وضعه وأن يعـطى حكمه وتكون الولايـة عليـه لمـن له الولاية على الأصـل، وعلى هذا الأسـاس والمعنى أثبت بعض الفـقهـاء الملك للمسـجد ونحـوه استجابة لمقتـضيات النظام الاجتماعي وسد حاجـة الناس تحقيقا لمصلحة عامة.

وجملة القول في ذلك أن نظرية الذمة ومـا فرع عليها من الأحكام ليست إلا تنظيـما تشريعيـا فقهيـا لا يراد منه إلا ضبط

الأحكام واتساقها، وليس إلا أمرًا اجتهاديا يصح أن يتغير ويتطور لمقتضيات المعاملات وتطورها وتغير أحكامها وتنوعها إذا ما اقتضت المصلحة والعرف ذلك - وليس فيما جاء به الكتاب ولا فيما أثر من السنة ما يمنع من أن تفرض الذمة لغير الإنسان وتفسر تفسيرًا يتسع لأن نثبت للشركات والمؤسسات والأموال العامة على أن يكون ما يثبت لهذه الجهات من الذمة دون ما يثبت للإنسان سعة، فيكون ما يثبت للإنسان على درجة من الكمال تجعله أهلا لأن يكلف بما هو عبادة ولأن تشغل بما هو واجب ديني وما يثبت لغيره دون ذلك فلا يتسع لغير الالتزامات المالية من ناحيتها السلبية والإيجابية - وإذن فاختلاف الشرع الوضعي عن الفقه الإسلامي في إثبات الذمة للشركات مرده إلى مراعاة التعامل والعرف والاستجابة للتطور الاقتصادي والمعاملات الشائعة بين الناس في الأزمان الأخيرة وليس خلافًا جوهريًّا يرجع إلى اختلاف في أصول الفقهين الأساسية.

ومما انبنى على ذلك في الفقه الإسلامي أن ما يترتب من ديون على تصرف أي شريك في الشركة لا يقتصر وفاؤه على رأس مال الشركة بل يتجاوزه إلى أموال الشركاء الخاصة الخارجة عن عقد الاشتراك إذ إن الدين عند ثبوته يثبت في ذمة المتصرف باعتباره مباشرا للعقد بصفة الأصالة عن نفسه وباعتباره كذلك وكيلا عن أصحابه فكان له بناء على هذه الوكالة حق الرجوع على أصحابه بما يخصهم من الدين. وهذا عند فقهاء الإسلام جميعًا بناء على أن ليس للشركة ذمة.

أما التشريع الوضعي ففي الشركة المدنية نص في المادة ٥٢٣ مدني على ما يأتي:

«إذا لم تف أموال الشركة بديونها كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة كل بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى ويكون باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من المسئولية عن ديون الشركة. فأعطى للدائن حق الوفاء من الأموال الخاصة بشرط ألا يفي بدَيْنه رأس مال الشركة، وهذا وضع يشبه وضع الكفالة في القانون، أما في الشركات التجارية فمنها ما هو مثل ذلك في الحكم كشركة التضامن، ومنها ما يختلف الحكم فيه فلا يسأل الشريك في ماله الخاص ويختص وفاء الديون برأس مال الشركة كشركات المساهمة على ما سيأتي بيانه.

هذا، وقد ذكرنا أن شركة العقد في الشريعة الإسلامية أربعة أنواع: شركة أموال، وشركة وجوه، وشركة صنائع، ومضاربة، أو قراض.

«عقد الشركة - أركانه - شروطه»

عقد الشركة يقوم على ما تقـوم عليه العقود المالية الأخرى من الأركان والشـروط التي ترجع إلى الانعقاد والصحـة والنفاذ فما ذكره الفقهاء من أحكام وشروط تتعلق بذلك مراعى في عقد الشركة إذ إنه لا يمتاز عن غيره من العـقود المالية بخصوصية في ذلك بل يتـفق معـهـا في أحكامهـا وفي شروطـها التي تتـعلق بالعاقدين وبالصيغة كذلك وباتحاد مجلس الإيجاب والقبول عند الجمهور من الفقهـاء؛ ولذا يجب فيه اتحاد المجلس عندهم حتى يلاقى القـبول الإيجاب - وأن يتـوافر لعـاقديه الأهليـة والرضا والسلامة من العيوب كالإكراه والهزل، وعلى الجملة يرى رجال التشريع الوضعي كذلك أن يكون لعقد الشركة محل وسبب شأن الشـركة فـي ذلك شأن أي عـقـد آخر فـيـجب أن يكون المحل موجودًا أو ممكن الـوجود وأن يكون معينًا أو قابلا لـلتعيين وأن يكون قابلا للتعامل فيه وأن يـكون مشروعًا كما يجب أن يكون السبب كذلك مشروعًا. ومحلـه هو ما تم التعاقد على الاشتراك فيه من رأس المال أو الربح. وسببـه هو التزام كل شريك بتقديم حصته من رأس المال.

أركانه:

أركانه الإيجـاب والقبـول.. فالإيجاب مـا صدر أولا من بعض الشركاء دالا على معنى الشركـة، كأن يقول أحد الشركاء لغيره من الشركاء: شـاركتك أو شاركتكم في كذا من المال على

أن يدفع كل منا كذا منه، وأن يكون الربح الناتج من عـملنا فيه بيننا على نسبة كذا - أو يقول شاركتك على أن يكون ما يشتريه كل منا شـركـة بيننا نصـفين وربحـه عنـد بيـعه بيـننا على هذا الوضع، أو يقول: شَرَكْتك على أن مـا يدفع أجرًا لما يتقبله كل منا من العمـل بيننا على نسبة كَـذا - ونحو ذلك. والقـبول أن يجيب من وجـه إليه الإيجاب من بقـية الشركاء بالقـبول - ولا يشـترط في ذلك لفظ مـعين بل تنعـقد الشـركة بكل مـا يفيـد معناها؛ ولذا لو دفع إنسـان إلى آخر ألف جنيه وقـال له أخرج ألفًا مثلها عـلى أن نتَّجر بها وما كان من ربح فهـو بيننا مناصفة وقبل الآخر ذلك فأخذها منه انعقدت الشركة بينهما.

شروط عقد الشركة:

من شـروط الشركـة ما هو عـام يجب توافـره في جمـيع أنواعها التي سـيأتي بيانها، ومن شروطها مـا هو خاص ببعض أنواعها دون بعضها الآخر.

فأما شروطها العامة التي يجـب توافرها فيها على اختلاف أنواعها فشرطان:

١ - أن يتـوافر جـميع مـا يجب في الموكل والوكـيل من الشروط الـتي تتوقف عليـها الوكـالة ونفاذًا في جـميع الشـركاء؛ ذلـك لأن الشركـة على اخـتـلاف أنواعهـا تتضـمن وكالة كل شريك عن صاحـبه؛ ولذا يجب أن تتوافر فيه شروط الوكيل باعتباره وكيلا، وشروط الموكل

باعتباره موكلا صاحبه. إذ إن كلا من الشركاء وكيل عن صاحبه في التصرف في موضوع الشركة بيعًا وشراء واستثمارًا واستئجارًا وتقبلاً للأعمال لأن هذا هو مقتضى الشركة، والأصل فيها العموم ما لم تقيد بقيد، وإنما اشترط ذلك حتى يكون تصرف أحدهم أو عمله لجميع الشركاء، عن نفسه بالأصالة وعنهم بالوكالة ومن هذا اشتركوا فيما يترتب على هذا التصرف من آثار والتزامات.

٢- اشتراك جميع الشركاء في الربح بحيث تكون حصة كل شريك من الربح نسبة منه معلومة كخمسه أو ثلثه أو عشرة في المائة منه، فإن جهلت فسد العقد، ذلك لأن الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه تستوجب فساد العقد، كما تفسد إذا حدد ربح أحد الشركاء بقدر معين من المال كألف جنيه أو عشرة جنيهات أو حدد جزء من ربحه يمثل ذلك كأن جعل له عشرة جنيهات مضافًا إليها خمس الربح أو خمس الباقي منه، ذلك لأن العقد يقتضي تحقق الاشتراك في الربح على أي وضع، وقد يحدث ألا يزيد الربح على مقدار ما حدد لأحدهم من نقود فيختص حينئذ بالربح جميعه، وعلى ذلك وجب أن يكون ما جعل لكل شريك جزءًا شائعًا من الربح غير مضاف إليه مقدار معين من المال.

ذلك ما يختص بالشروط العامة. أما ما يخص كل نوع من أنواع الشـركـة من الشـروط فنذكـره عند بيـان كل نوع منهـا.

ويشترط التشريع الوضعي في تكوين الشركة ما يأتي:

أولا - أن يكون للشركـة رأس مال يساهم فيـه كل شريك بحصـة منه وهذا لا يمنع من أن يتبرع سائر الأعـضاء الشركاء لشخص منهم بحصته فيعفونه من الوفاء بها، وعلى ذلك فـلا يرى التـشـريع الوضـعي شـركـة «الصنائع» إذ إنـهـا لا تقـوم على رأس مـال، وقـد صـدرت أحكام من المحـاكم ببطلانهـا - أمـا شركـة الوجوه فيمكن اعتبارها صحيحة قانونًا على أساس أن لها رأس مال هو مـا يشترى من السلع نسـيئة، وليس من الضـروري أن تكون الحصص الخـاصة بالشـركاء متساوية أو متجانسة في النوع.

ثانيا - مسـاهمة كل شريك في الأرباح والخـسائر، وعلى ذلك إذا أعـفى أحد الشـركاء من تحـمل الخسـائر مع مقاسـمته في الربح أو حرم من مقاسـمته في الأرباح مع تحـمله في الخسـائر كانت الشـركة باطلة قـانونا، وسـمي هذا الشرط بشـرط الأسد. وهو شـرط باطل شرعا. ولا يضير قانونا أن يجعل نصيب أحد الشركاء مقدارًا معينا من المال كألف جنيـه أو مركبا من مقدار مـعين ونسبـة من باقي الربح بـين الشركـاء لأن هذا الشـرط في ذاته يتيح الاشـتـراك في الربح في أكثـر

الأحوال، وقد علمت أنه شرط باطل شرعا لأنه قد يؤدي في بعض الحالات إلى عدم تحقق الاشتراك في الربح كما قدمنا.

وليس من الضروري قانونا أن تكون أرباح الشركة نقودا بل يصح أن تكون مالا من نوع آخر كأن تكون شركة تستغل رأس مالها في بناء عمارات ذات طبقات تخصص لكل شريك طبقة يسكنها فتكون سكناه ربحه من حصته في رأس المال.

ثالثا - كتابة عقد الشركة سواء كان ذلك في عقد رسمي أو عقد عرفي وعلى ذلك لا تنعقد إلا بورقة مكتوبة رسمية أو عرفية، هذه هي الشروط العامة للشركة.

«شركة الأموال»

شركة الأموال نوعان:

١- نوع متفق على صحته ويسمى بشركة العنان.

٢- نوع اختلف في صحته ويسمى بشركة المفاوضة.

ويلاحظ أن شركة المفاوضة يختلف معناها باختلاف المذاهب فليس مسماها في المذاهب واحد كما سيأتي، وكذلك الحال في العنان.

شركة العنان:

شركة العنان عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به على أن يكون الربح بينهم على حسب نسبة يتفقون عليها وهذا القدر متفق عليه بين المذاهب.

وقد سميت بذلك أخذا من قول العرب عَنَّ لي كذا أي عرض، وذلك لما يلاحظ في هذا النوع من الشركات من أنه يكون في أي نوع من أنواع التجارة يعن لعاقديه أن تعقد عليه - وقيل أن هذا الاسم مأخوذ من عنان الدابة، وذلك لاستواء الشركاء فيها في التصرف كاستواء طرفي عنان الدابة.

وتنشأ هذه الشركة بالإيجاب والقبول، ولكنها لا تتم ولا يترتب عليها أثر إلا بالتصرف في رأس المال عند الحنفية، فإذا عقد اثنان شركة على رأس مال مقداره ثلاثة آلاف جنيه مناصفة

بينهما، وكانت أموالهما هذه حاضرة لم يترتب على هذا العقد اشتراك في مال كل منهما، فإذا ضاع مال أحدهما ضاع على صاحبه وبطلت بضياعه الشركة وذلك لانعدام محلها، وهو المال المشترك بين الشركاء المتعاقدين عليها. وذلك إذا كان مال كل منهما متعينًا وضياعه يكون بسرقته أو بغرقه أو بنحو ذلك من أسباب التلف والضياع - ووجه ذلك أن كل مال يظل على ملك صاحبه بعد العقد كما كان قبله إذ لم يوضع عقد الشركة لنقل ملكية مال من شخص إلى شخص آخر.

أما إذا لم يكن متعينًا فلا يتحقق بهلاك المال هلاك ما عقدت عليه الشركة ذلك لأن الشرط في صحتها كما سيأتي حضور رأس المال عند التصرف فيه، وعند ذلك يتعين ويكون أمانة في يد الشريك إذا ما قبضه غير مالكه فإذا هلك قبل التصرف فيه هلك على مالكه. ولكن إذا تصرف أحد الشريكين بماله فاشترى به سلعة تجارية كانت هذه السلعة بناء على عقد الشركة شركة بينهما على ما لكل منهما من نسبة في رأس المال فهي بينهما نصفان إن تساويا في رأس المال، وهي بينهما أثلاثا إن كان رأس المال بينهما كذلك، وعند ذلك يرجع المشتري في رأس مال شريكه بحصته في الثمن على أساس هذه النسبة - ذلك لأنه حين اشترى إنما اشترى لنفسه ولصاحبه بحكم أنه وكيل عنه بناء على عقد الشركة إذ هي تنعقد على الوكالة فيصير كل منهما وكيلا عن صاحبه - ولذا ينفذ تصرفه عليه وتكون السلعة المشتراة شركة بينهما على حكم العقد في الشركة. وهذا

الحكم في كل ما يشتريه أحدهما يوصف أنه شريك على أن يكون لهما. أما ما يشتريه لنفسه خاصة لا على حكم الشركة فلا يكون لصاحبه حظ فيه لأنه لم يكن في شرائه وكيلا عن صاحبه. ويقبل قول المتصرف في ذلك بيمينه دون أن يكلف إقامة بينة ودون أن يكلف الأشهاد على ذلك حين يتصرف. ذلك لأن الظاهر يشهد له، فالأصل أن يكون الإنسان عاملا لنفسه ما لم يقم دليل على أنه عامل لغيره - وهذا إذا لم ينقد الثمن من مال الشركة بل نقده من مال نفسه (راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٦٨ والهداية جـ٦ صفحة ٤٤ وما بعدها).

ومن هذا يعلم أن كل شريك من الشركاء يستمر ملكه لرأس المال الخاص به إلى أن يتصرف فيه بالشراء به فيكون ما يشتري به شركة بين الشركاء على شروط الشركة، ولا تعد أية سلعة بعد شرائها ملكًا لمالك خاص ولا ملكا للشركة بل ملك لجميع الشركاء - ذلك لما علمت من أن الفقه الإسلامي لا يجعل للشركة شخصية اعتبارية ولا ذمة خاصة. هذا ما ذهب إليه الحنفية.

وذهب المالكية إلى أن عقد الشركة على المال يترتب عليه بمجرد صدوره اشتراك الشركاء في رأس المال، إذ إنه يفيد بيع بعض مال كل من الشركاء لصاحبه ببعض ماله، فإذا عقدت بين اثنين كان ما دفعه كل منهما من رأس مال الشركة شركة بينهما مناصفة نتيجة لبيع كل منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه إن عقدت على رأس مال يساهمان فيه مناصفة بأن يدفع كل منهما نصفه. فإن عقدت على أن يكون رأس المال بينهما أثلاثا على

أحدهما الثلث وعلى الآخـر الثلثان، كان مقتـضاها بيع صاحب الثلث ثلثي ماله بثلث مال الآخر، كأن عقدت على ثلاثة آلاف جنيه يدفع أحدهما ١٠٠٠ جنيه والآخر ٢٠٠٠ جنيه وهكذا.

وهذا هو المعتمد من قولين في المذهب.

وذهب الحنابلة في قـول لهم إلى هذا الرأي المعـتمـد عند المالكية من صيرورة رأس المال مشتـركًا بين الشركاء بمجرد العقد ودخوله في ضمانهم جميعًا على ما سيأتي بيانه.

والقول الآخـر للمالكيـة أنه لا يترتب على مـجرد العـقد الاشتـراك في المالين بل يظل كل مال ملكا لصاحـبه - وهي تتم عندهم وتلزم بمجرد العـقد كما سـيأتي بيانه، وتتضـمن الوكالة فيصـير كل شريك وكيلا عن صـاحبه أو أصحـابه في التصرف على مقتضى شروطها كما يصـير رأس المال مشتركا بين الشركاء بمجرد العـقد كمـا قدمناه على المعتـمد في المذهب، ويكون في ضمانهم جميعًا بالعقـد إذا كان عرضًا أو عينًا «ذهبًا أو فضة» أما إذا كان طعامًـا فإنه لا يدخل في ضمان الشـركاء إلا بالخلط بين حـصص الشركـاء، أما قـبله فإن كل حـصة تبـقى في ضمـان صاحبهـا، فإذا هلكت أو تلفت كانت من ضمان صاحبـها كما سيأتي.

وإذا عقدت الشركـة على أن يكون كل شريك من الشركاء مطلق التصرف في رأس المال استـقلالا دون حاجة إلى أخذ رأي شركـائه حاضرين أم غائبـين، بيعًا وشراء وأخـذًا وعطاء وكراء واستكراء وضمانًا وتوكـيلا وكفالة وقراضًا وغـير ذلك مما تحتاج

إليه التجارة من تصرف فما فعل أحدهم من ذلك لزم شركاءه، إذا كان ذلك فهي شركة مفاوضة عندهم. ولا تكون إلا فيما تم العقد عليه من أموالهم دون ما ينفرد به كل منهم من مال لم يدخله في الشركة؛ ولذا تصح أن يعقدوها على كل ما يملكونه من مال يصلح لذلك أو على بعضه، وتكون يد كل منهم كيد أصحابه وتصرفه كتصرفهم ما لم يتبرع أحدهم بشيء مما لا يراد به الترغيب والاستئلاف ولا يعد عرفًا مما جرت العادة بتسويغه في سبيل التصدق والمعونة كإعارة آلة أو دفع كسرة لفقير - وسواء فيها أن تعقد عامة في جميع أنواع المتاجر أو في نوع منها كالتجارة في الأقمشة فقط أو نحو ذلك، وسواء أعين لكل شريك نوع من التجارة يختص به أم لا. فالشركة على هذا الوضع تسمى عند المالكية شركة مفاوضة. أما إذا عقدت على ألا يستبد أحد الشركاء بالتصرف في رأس المال وليس له إلا أن يعمل مع شركائه جميعًا فإنها حينئذ تسمى عندهم شركة عنان - وعلى ذلك يرى أن كلا من شركتي المفاوضة والعنان عند المالكية يختلف في المعنى عنه عند الحنفية إذ إنها عند الحنفية كما قدمنا تتضمن توكيل كل شريك لصاحبه في التصرف وذلك ما يجعل له حق الاستقلال به إذا أراد. أما عند المالكية فلا تتضمن ذلك ولا يملك أحد الشركاء أن يتصرف منفردًا إلا بإذن من أصحابه إذا ما كانت عنانًا، وعلى ذلك يرى أنها من شركة الملك عند الحنفية في هذه الحالة.

وإذا عقدت على أن يكون أحد الشركاء مطلق التصرف غير مقيد برأي شركائه دون الآخرين فقد اختلف في ذلك: رأي

بعض المالكية أنها تعد مفاوضة بالنسبة إلى من أطلق له التصرف وعنانًا بالنسبة إلى من لم يطلق له التصرف وأنها لذلك تكون صحيحة، ورأى بعضهم أنها تكون فاسدة في هذه الحال وقد استظهر القول الأخير بناء على أن الشركة يجب أن يقتصر جوازها على ما جرى به العرف من أنواعها وليس ذلك مما تعورف. ولأن عمل الشركاء فيها متفاوت على هذا الوضع بمقتضى ما شرط في عقدها، واشتراط التفاوت في العمل مفسد لها كما سيأتي. (الشرح الكبير للدردير جـ٣ صفحة ٣٦٠).

وعند الشافعية والزيدية والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر والحنابلة في أحد قولين عندهم لا تختلف شركة العنان في المعنى عنها عند الحنفية وإن خالفوهم في بعض أحكامها كما سيأتي بيان ذلك - وعلى ذلك لا يترتب على مجرد انعقاد الشركة بالإيجاب والقبول اشتراك بين الشركاء في حصص كل منهم قبل التصرف فيها بالشراء، وإنما يحدث الاشتراك فيما يشترى بأية حصة من الحصص على حسب اتفاقهم في توزيع رأس المال بناء على أن التصرف قد باشره وكيلا عنهم فيه كما سبق.

أما رجال التشريع الوضعي فإنهم يرون أنه يترتب على انعقاد الشركة وجودها باعتبارها شخصًا اعتباريا له ذمته مستقلة عن ذمم الشركاء وتنتقل إليه بمجرد عقدها ملكية حصص جميع الشركاء فلا يصير لأي شريك ملك في حصته ولا في حصة غيره - بل يكون رأس المال ملكا للشركة باعتبارها شخصا معنويا

بمجرد انعقادها - وبذلك تخرج جميع الحصص من ملك أصحابها.

شروطها:

١- يشترط الحنفية في شركة الأموال على العموم أن يكون رأس مالها من الأثمان المطلقة التي لا تتعين بالتعيين في المعاوضات كالدراهم والدنانير والجنيهات والقروش فلا تصح بالعروض، وذلك بأن يقدم كل شريك نوعًا منها على أن يكون حصته في رأس المال سواء اتحد مع ما يقدمه الآخرون جنسا أو اختلف. وقد بنوا ذلك على وجوه أربعة:

أولاً: أن عقد الشركة يتضمن توكيل كل شريك عن صاحبه في التصرف كما قدمنا وليس يصح للإنسان إذا ما تصرف في عروض مملوكة له وحده أن يكون وكيلا عن غيره في هذا التصرف، إذ الولاية عليه له وحده دون غيره. ألا ترى أنه إذا قال شخص لآخر: بع دارك على أن يكون ثمنها مشتركا بيننا فباعها كان الثمن لصاحب الدار وحده ولم يكن لقول صاحبه أثر، ولم يكن وكيلا عنه في بيعها، وإن باعها ممتثلا ذلك - لأن الأمر ليس له ولاية عليها وثمن الدار بدل عنها وهي مملوكة جميعها لبائعها فيكون له ثمنها كذلك. وهذا بخلاف ما إذا قال شخص لآخر: اشتر بدراهمك دارًا على أن تكون شركة بيننا مناصفة فاشترى دارا ممتثلا فإنها تكون مشتركة بينهما مناصفة وعلى الآمر نصف

ثمنها. ذلك لأن المشتري قد صار حين أمره بالشراء صاحبه وكيلا عنه في شراء نصفها إذ إنه يملك ذلك فصح له أن يوكل فيه، وليس يضير أن يدفع ثمنه من دراهمه لأنه يثبت ابتداء في ذمة الآمر بالعقد ويصير الوكيل بالشراء مطالبًا بثمن ما اشتراه لأنه المباشر للعقد على أن يرجع به على موكله، فإذا أدى من ماله فقد أدى دينًا عن موكله يرجع به عليه، وعلى ذلك لم يكن نصف الدار بدلا عن نقود للوكيل المشتري وإنما هو بدل عن دين يطالب به الوكيل الموكل. فكان له بناء على ذلك نصف الدار.

ثانيا: وإلى هذا لو صح أن يكون رأس مال الشركة عروضًا لأدى ذلك إلى استحقاق الإنسان ربح ما لم يضمن وهذا منهي عنه.

بيان ذلك أنه إذا صحت الشركة بالعروض فإن أول تصرف فيها من الشركاء للتجارة إنما يكون ببيعها. وإذا باعها أحدهم باعتباره شريكًا ووكيلا عن صاحبه أو أصحابه بمقتضى عقد الشركة فإنه يكون في هذا البيع على هذا الوضع لو صح أمينًا إذا كان المبيع على ملك غيره لأن الوكيل بالبيع يعد أمينًا فيما يبيعه بطريق الوكالة، وعليه إذا جاء من هذا البيع ربح فإنه يكون مشتركًا بين الشركاء - ويكون ما يخص الشريك الذي لا ملك له في العين سواء أكان هو المتصرف فيها أم غيره من هذا الربح ربحًا لما لم يكن في ضمانه قبل بيعه. أما في حالة الشراء بنقود

مملوكة للمشتري الشريك فإن الشركاء جميعًا يعدون ضامنين لثمن ما اشترى كل بحسب حصته فيه في ذمته على ما بينا آنفًا، فإذا كان له من هذا التصرف ربح فهو ربح ما ضمنه - ويلاحظ أن التصرف في شركة تعقد على العروض يكون بالبيع ابتداء، أما التصرف في شركة تعقد على النقود فيكون بالشراء بها ابتداء؛ ولهذا جازت الشركة على النقود ولم تجز على العروض.

ثالثا: ويضاف إلى ما تقدم أن الربح في العروض قد يظهر قبل التصرف فيها وذلك بارتفاع سعرها بعد عقد الشركة. فإذا كان هذا الربح مشتركًا بين الشركاء بمقتضى عقد الشركة فإن غير المالك يستحق منه حصة. وكيف يستحقها وليست إلا زيادة فيما لا ملك له فيه، ولا ضمان؟. وكذلك إذا ظهرت الخسارة بتراجع الأسعار بعد العقد فإنها تكون على الشركاء بمقتضى عقد الشركة، وكيف يلزم غير المالك بجزء منها من غير اشتراك ولا ضمان في الأصل؟.

رابعًا: وأيضًا لو صحت الشركة على العروض لأدى ذلك إلى جهالة ربح كل شريك جهالة من شأنها أن تؤدي إلى نزاع، إذ إن تعرف مقدار الربح حينئذ متوقف على معرفة القيمة عند العقد وبعده - ولا تعرف حينئذ إلا بالحرز والظن وذلك مما يختلف باختلاف التقويم، وقد يكون التقويم محل نزاع فيؤدي إلى نزاع في الربح ومقداره وذلك مفسد للشركة.

هذه هي حجج من ذهب إلى أن عقد الشركة على العروض غير جائز، غير أنهم لم يعدموا وسيلة إلى تجويز إنشاء الشركة على العروض، فقالوا إن الوسيلة إلى ذلك عند إرادتها أن يبيع كل واحد من الشركاء جزءًا شائعًا من عروضه للآخرين بجزء شائع من عروضهم بطريق المقايضة، فإذا كانت الشركة بين شريكين على التساوي باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف ما لصاحبه من العروض لتصير عروض كل منهما شركة ملك على التساوي ثم يعقدان بينهما شركة عقد على الاتجار بهذه العروض المشتركة؛ وبذلك تنشأ بينهما شركة عقد. فإذا تصرف أحدهما ببيع عرض منها تصرف بالوكالة التي اكتسبها بعقد الشركة عن صاحبه في حصته فينفذ تصرفه عليه فيها بمقتضى ذلك - وعليه يكون ما يربحانه من هذا التصرف ربحًا لما كانا يملكانه بالاشتراك. وإذا كان مال أحدهما عروضًا ومال الآخر نقودًا، وأرادا عقد شركة بينهما باع صاحب العروض نصف عروضه بنصف نقود الآخر، ويقبض ثمن ذلك ليتعين في يده، ثم يعقدان على ذلك شركة العقد. وإنما اشترط قبض الثمن لأنه قبل قبضه دين في الذمة ولا تصح الشركة بالدين كما سيأتي.

أما عقد الشركة على المثليات التي ليست بأثمان مطلقة من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز إلا بالطريقة التي جازت بها الشركة في العروض أو إذا كانت أموال الشركاء التي يراد عقد الشركة عليها متحدة الجنس

وخلطت بعضـها ببعض ثم عقـدت عليها الشركـة في قول أبي حنيفة وصاحبيه؛ لأنـها في هذه الحال تتعين بالتعيين فكانت في الحكم كالعروض؛ ولذا لو قال شخص لآخر قبل حصول الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنهـا بيننا فامتـثل لم يكن لذلك أثر وكان الـثمن جـميـعه لصـاحب الحنطة، ولكن إذا تم الخلط مع اتحاد الجنس فإن المخلوط يكون بين المالكين مشتركًا شركة ملك، وعندئذ يمكن إنشاء شركـة عقد على المخلوط عند محمـد رحمه الله خلافا لأبي يوسف.

وجه قـول محـمد أن كلا من المكيـل والموزون عرض من وجه ثمن من وجـه آخر، وللشبـه الأول صح أن يكونا مبـيعين معينين، وللشبه الثاني صح أن يشترى بهما فيكونا دينًا في الذمة وما يتردد بين شبهين يكون له حظ من حكم كل منهما؛ ولذا لم تجز الشركة بهما قبل الخلط لشبـههما بالعروض وجازت الشركة بهما بعد الخلط لشـبههما بالأثمان إذ يتوقف ثبوت الشـركة بهما على ما يقويها وهو الخلط، فبه تثبت شركة الملك لا محالة وبها تتأكد شركة العقد عند إرادة إنشائها.

ووجـه قول أبي يوسف أن مـا يصلح أن يكون رأس مـال الشـركة لا يخـتلف الحكم فيـه بالخلط، كالنقـود فيكـون ما لا يصلح رأس مـال لها كـذلك في الحكم لا يخـتلف الأمـر فيـه بالخلط وعدمه. ذلك لأن المانع من ثبوت الشركة بهما قبل الخلط تعينهما بالتعيين وإن أعيانهما تصير مبيعة لأول تصرف فيها فكان بدلها لمالكهـا لا شركة فيـه. وهذا المعنى متحـقق بعد الخلط بل

يزداد بالخلط تقرراً. وعلى ذلك يجوز عقد الشركة عليهما عند أبي يوسف إلا بالوسيلة التي سبق ذكرها في العروض، وهي بيع بعض مال أحد الشريكين ببعض مال الآخر، ليصير ما جعل رأس مال مشتركا بينهما شركة ملك أولا.

أما عند اختلاف الجنس كالحنطة والأرز والشعير فإن الخلط لا يترتب عليه شركة ملك وإنما يعد من الخالط استهلاكا لمال الآخر ولذا فإنه يضمنه إذا كان في ذلك متعديا. وليس يمكن إنشاء شركة عقد عند اختلاف الجنس إلا بالوسيلة التي ذكرناها في العروض وهي وسيلة البيع كما تصلح وسيلة كذلك لإنشاء شركة العقد عند اتحاد الجنس من غير خلط كما لا يخفى ذلك، هذا ما ذهب إليه الحنفية وإليه ذهب الشيعة الجعفرية والزيدية. (راجع المنتزع المختار جـ٣ ص ٣٥٨ وتحرير الأحكام جـ١ ص٢٧٢ والمبسوط والهداية وغير ذلك من كتاب الشركة في كتب الحنفية).

وذهب بعض الشافعية إلى أنها تصح في كل مثلي من نقود ومكيلات وموزونات ولا تصح في القيمي. وذهب بعضهم إلى أنها لا تصح إلا بالنقد المضروب، وذكروا أنها تصح في القيمي بالوسيلة التي ذكرها الحنفية من البيع، كما تصح فيه إذا كان مشتركًا بين الشركاء بإرث ونحوه. (نهاية المحتاج جـ٥ -ص٦- ص٧).

وذهب الحنابلة إلى جواز عقدها على النقود لأنها الأثمان والناس يشتركون فيها من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير

تكبر. أمـا العروض فلا تجوز الشـركة فيـها في ظاهر المذهب، روي ذلك عن أحـمـد أبو طالب وحـرب، وإلى هذا ذهب ابن سيـرين ويحيى بن كثيـر والثوري والشافعي وإسـحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي. وعن أحمد رواية أخرى تقتضي بجواز الشركة بالعـروض على أن تجعل قـيمـتـها وقت العـقد هي رأس مـال الشـركة، واخـتار هذا أبو الخطاب وابن أبي ليلى لأن مـقصـود الشركة جواز تصرف الشريكين في المالين جميعًا وأن يصير الربح بينهمـا. وهذا يحصل في العـروض كحصولـه في النقود وعند المفاضلة يرجع كل واحد منهما بقيمة عروضه عند عقد الشركة، ومبنى هذا الرأي فـيما يظهـر الرأي الذي يقضي بالاشـتراك في رأس المال بالعقد.

وذهب أهل الظاهر إلـى أنهـا لا تصح إلا بالنقـدين بعـد خلطهمـا بحيث ينعدم التـمييز ولا بد مـن اتحاد جنسهمـا حتى يتأتى الخلط الذي لا يكون معه تمييز بينهـما أما بالنسبة للعروض فإنه إذا أريد الشركة بهما وجب بيـعها أولا، وعقد الشركة على أثمانها. (المحلى جـ ٨ ص١٢٢).

وذهب المالكية إلى أن الشركة تجوز بالنقـود يدفعها أطرافها إذا كـانت من جنس واحـد. وهي وإن تضـمنت بيعًـا على مـا قدمنا. ومن شروط البيع في الذهب والفضة المناجزة، وهي غير متـحققـة في الشركة إلا أن الإجـماع قد قـام على جوازها في الشركة من غيـر مناجزة فكان ذلك مخصصًا، فإذا كـان مالهما نقودًا ذهبيـة أو كان نقودا فضية صح عـقد الشركة عليهـما متى

تحقق الاتفاق في وزنها وصرفها كما يصح عقدها على أن يكون مال أحدهما نقـودًا ذهبية وفضية ومال الآخـر كذلك مع مراعاة الاتفاق بين الـنقود الذهبيـة في الجانبين والفـضية فـي الجانبين. وكذلك يصح عـقدها على نقـود من جانب وعـرض من جانب آخـر على عــروض من الجـانبين سـواء اتفــقت في الجنس أم اختلفت، وتعـتبر قـيمة العـرض يوم العقـد وكذلك الحكم في عقدها على الطعام من الجانبين إن لم يحصل خلط بعضه ببعض فإن حدث قبل عـقدها خلط بينهما فرأس المال قيـمته يوم الخلط (الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص ٣٤٩ وما بعدها والخرشي جـ٦ ص ٤٧).

ومن البين أن القول بجواز الشركـة في جميع هذه الأحوال مرده إلـى ما ذكـرنا من أن الشركـة عند المالكية تتـضمن البـيع والتوكـيل على ما شـرحناه فيـما سبق، ويرى رجال التـشريع الوضـعي أن يكون رأس مال الشـركة نقـودًا أو أوراقًا مالـية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو ديـنًا في ذمة الغير أو اسما تجاريا أو شهادة اختراع أو عملا أو غير ذلك مما يصلح أن يكون محـلا للالتزام، ولا يلزم أن تكون حصص الشـركاء من جنس واحد بل يجوز أن تكون حصة أحدهم نقودًا وحصة الآخر عقارًا وحصة الثالث عملا وحصة الرابع إسما تجاريًّا وهكذا.

٢- يشترط الحنفية أن يكون رأس مـال الشركة عينًا حاضرًا لا دينًا ولا مالاً غائبًا فلا يصح عـقد الشركة برأس مال هو دين، ولا بمال غائب غيـر حاضر، وإلى هذا ذهب

جمهور الفقهاء، واكتفى بعض الحنابلة بحضور أحد المالين كما في الفروع. وذلك لأن المقصود من الشركة الوصول إلى الربح وذلك بالتصرف في المال وهو غير ممكن في الدين ولا في المال الغائب وذلك لعدم الأمن من الأداء لهذا الدين ومن حضور المال الغائب عند الحاجة إليه - على أنه إذا أدى الدين وحضر المال الغائب صحت الشركة وإن كان العقد قد حدث قبل ذلك لتحقق المقصود منها.

ولذا لو دفع شخص آخر ألف جنيه. وقال له أخرج مثلها واتجر بهما فما ربحت فهو بيننا نصفان وثبت أنه فعل ذلك ثم تصرف جازت الشركة وإن لم يكن ماله حاضرًا وقت العقد. ولا يجب لانعقاد الشركة وتمامها أن يخلي كل شريك بين ماله وصاحبه إذ إن ذلك ليس بشرط لصحة تصرفه ونفاذه.

ويرى رجال التشريع الوضعي جواز أن تكون حصة أحد الشركاء دينًا في ذمة شخص وعندئذ تحل الشركة في الدين محل صاحب الدين الشريك وتقتضيه من المدين بناء على القواعد العامة. وإذا كانت حصة الشريك مالا غائبًا وجب عليه إحضاره في الوقت الذي حدد له فإن لم يحدد له وقت وجب عليه إحضاره عقب العقد، ويتبع في إجباره على ذلك الطرق العامة القانونية، وإذا كانت الحصة عينًا غائبة فهلكت قبل تسليمها هلكت على صاحبها.

٣- أن يكون العمل في رأس مال الشركة على جميع الشركاء، وذلك بأن تتضمن شرطًا يقتضي بذلك أو يترك النص عليه اكتفاء بأن ذلك من مقتضى عقد الشركة فإن اشتراكهم في رأس المال وكون كل منهم وكيلا عن صاحبه في التصرف فيه يجعل لكل منهم ولاية العمل في رأس مالها، فكان العمل لكل منهم بمقتضى عقد الشركة وكان اشتراط ذلك في عقدها شرطًا لمقتضى العقد. وفي هذه الحال يستوي أن يعمل الجميع فيه وأن يعمل بعضهم دون بعض فلا يشترط اشتراكهم في العمل فيه فعلا. وقد نقل في التحرير للرافعي عن الدرر ما نصه: «والثالث من شروط المضاربة تسليم رأس المال إلى المضاربة حتى لا يبقى لرب المال فيه يد لأن المال أمانة عنده فلا تتم إلا بالتسليم كالوديعة بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه».

وأما العمل في الشركة فمن الجانبين فلو شرط فيها خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شروطها وهو العمل منهما. قال صاحب التحرير: وعلى هذا إذا شرط في عقد الشركة أن يكون العمل على أحد الشريكين دون الآخر كان مال غير العامل في يد العامل مضاربة إن كان الربح الناتج منه شركة بينهما. وبضاعة إن كان له ربحه كله.

وجاء في حاشية ابن عابدين: لو كان العمل مشروطًا عليهما لا يلزم اجتماعهما عليه كما هو صريح ما جاء في العناية وغيرها، إذ جاء فيها وإن عمل أحدهما فقط فقد جاء في البزازية اشتركا وعمل أحدهما في غيبة الآخر فلما حضر إعطاء حصته، ثم غاب الآخر وعمل من حضر فلما حضر الغائب أبى العامل أن يعطيه حصته من الربح. إن كان الشرط أن يعملا جميعًا وشتى «انفراد» فما كان من تجارتهما من الربح فهو بينهما على الشرط عملا أو عمل أحدهما، فإن مرض أحدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما.

قال ابن عابدين: والظاهر إن عدم العمل من أحدهما يستوي فيه أن يكون بعذر أو بدونه كما صرح بمثله في البزازية في شركة التقبل معللا بأن العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه. واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا بالعمل، ولا يخفى أن هذه العلة متحققة هنا.

وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الحنفية من أنه يلزم لتحقق الشركة أن يكون لكل من الشركاء أن يعمل في رأس مال الشركة إذ عرفوها بأنها إذن كل شريك غيره بأن يتصرف في المال له ولنفسه، فلا يجوز أن يشترط فيها منع أحدهما من العمل في المال، وإلى هذا ذهب الشافعية. وعلى الجملة فجمهور الفقهاء متفقون على أن شركة العنان تتضمن توكيل كل شريك صاحبه في أن يعمل في رأس المال، وذلك ما يمنع وجودها إذا فقد هذا

الشرط بأن يشترط منع أحدهم من العمل فيه إذ لا يكون عند ذلك وكيلا عن الشركاء.

وقد جاء في كشاف القناع ومنتهى الإرادات أنه إذا كان المال من جميع الشركاء والعمل على بعضهم فقط كانت شركة عنان بالنسبة إلى مال العاملين فيها واشتراك جميع أطرافها في رأس المال ومضاربة بالنسبة إلى ما دفعه غير العاملين من الشركاء لأنه مال دفع على أن يعمل فيه غير صاحبه ويكون ربحه مشتركا بين صاحبه وبين العامل فيه؛ ولذا يجب أن يكون للعامل من ربح رأس المال زيادة على ما يخصه بالنسبة لرأس ماله نظير عمله، وإذا لم تشترط له زيادة وكان له ربح رأس ماله فقط كان دفع هذا المال إليه بضاعة ليعمل فيه متبرعا من غير أجر، ولم يكن ذلك مضاربة، وعلى هذا إذا جعل للعامل أقل من ربح رأس ماله كان هذا شرطا فاسدًا إذ لا يجوز أن يأخذ غير العامل أكثر من ربح ماله لأنه نماء مال مملوك لغيره فلا يستحقه. وعند ذلك يجب أن يكون الربح على قدر رأس المال والعامل متبرع لرضاه بذلك.

وقد علمت أن ذلك جائز في التشريع الوضعي إذ الحكم فيه هو أن يكون الربح مشتركًا على حسب ما يتفق عليه الشركاء دون قيد في ذلك إلا اشتراك الجميع.

وبناء على ما ذكر تتحقق شركة العنان بالاشتراك في رأس المال وثبوت الحق لكل شريك في أن يعمل فيه سواء أصرح بذلك عند التعاقد أو لم يصرح على ألا تتضمن ما يفيد منع

أحد الـشركـاء من العمل. وفي التـشريع الوضـعي إذا لم يعين للشركـة مدير كان لكل شريك حق العـمل في رأس المال منفردًا وتكون تصرفاته نافذة في حق الشركة.

وبناء على ما تقـدم فاستـحقاق الربح فـيها كمـا يجوز أن يكون أسـاسـه رأس المال يجـوز أن يـكون أسـاسـه العـمل أو اشتـراطه. وسيأتي القول في ذلك والخـلاف فيه بين الفقـهاء - ومن هذا تعلم أن هذا الشرط لا يرجـع إلى صحة التعـاقد وإنما يرجع إلى اعتبار الشركة عنانًا أو مضاربة.

خلط أموال الشركاء بعضها ببعض:

اختلف الفقـهاء في اشتراط الخلط بين حـصص الشركاء، وذهب الشافعي وأهل الظاهر والزيدية والشيـعة الجعفرية إلى أن شركـة الأموال لا تصح إلا بخلط رأس المـال خلطًا لا يتمـيز به مال شريك من مال الآخر. ذلك لأن كل مال ملك لصاحبه قبل خلطه وذلك يسـتلزم أن يكون ربحه له خـاصة لأنه نمـاء مال لا شركة فيه، وذلك خلاف ما يستوجـبه عقد الشركة من الاشتراك في الربح.

لذلك وجب الخلط ليتم الاشتراك قبل التصرف حتى يكون الربح ربح مال مشترك بين الشـركاء فيكون بينهم على حسب ما لكل شـريك في رأس المال من حـصـة؛ ولذا لا يجـوز عندهم اشتراط زيادة في الربح لأحدهم على ما يخص رأس ماله، ولأن ما تدل عليه الأسماء المشتقة اصطلاحًا يجب أن يتحقق فيه أصل

معانيهــا الموضوعة لها ومعنى الشركــة الاختلاط وهو لا يحصل إلا بالخلط.

وذهب المالكيــة إلى أن الخلط ليس شرطًا لصــحة العــقد، فالعقد ينشأ صحيحًا بمجرد القول. أما الخلط فقد ذهب سحنون إلى أنه شرط في لزومه والمعتمد أنه شرط في الضمان أي دخول رأس المال في ضمان الشركاء جمـيعًا حتى أن ما يهلك منه بعده يهلك عليهم وما يهلك منه قبله يهلك على صاحبه خاصة، غير أن ذلك ليس على إطلاقـه، وذلك لأن الخلط إنما هو شـرط في الضمان بالنسبة للطعام إذا جعل رأس مال للشركة، وليس شرطًا في ضمان غيره، إذ إن ضمانه على الشركاء يكون بمجرد العقد. ويكتفى بالخلط ولو حكما. والخلط الحكمي كـما قال ابن عرفة يتحقق بكون المالين في حيازة أحـد الشريكين أو الشركاء ويكفي أن يكون المالان في صرتين بمحل واحد قـفل بقفلين مع كل من الشريكين مفتـاح قفل منهما أو قفل بقفل واحـد ومع كل منهما مفتاح له أو جعل كل واحد من المالين في صرة وجعلا في حوزة أحدهما أو في حوزة أجنبي. (الشرح الكبير للدريري والدسوقي جـ٣ صفحة ٣٥٠ و٣٥١ والخرشي جـ٥ صـفحة ٤٧ وما بعدها والمحلى جـ٨ صـفـحة ١٢٢ونهـاية المحـتـاج جـ٦ والمغني جـ٥ صفحة ١٣٧ وما بعدها والمنتزع المختار جـ٣ صفحة ٣٥٤).

وذهب الحنفيــة إلى أنه لا يشترط لصحتــها خلط المالين إذا عقـدت على نقود ذهبــية أو فـضيــة سواء اختلف جنـس مالي الشريكين أم اتحـد، وذلك لعدم تعين النقـود بالتعـيين، وخالف

ذلك زفر فاشترط لصحتها خلط المالين خلطًا لا يتميز به أحدهما عن الآخر، كما ذهب إلى ذلك الشافعي.

ولهذا لا يرى صحتها عند اختلاف مالي الشريكين جنسًا لعدم تحقق هذا الشرط عند ذلك.

ووجه قول أئمتنا الثلاثة أن الشركة تتضمن الوكالة والتوكيل، والوكالة في المالين جائزة قبل الخلط، وثبوت الوكالة فيهما أثر من آثار انعقاد عقد الشركة وقيامه قبل الخلط، ولا يلزم أن يكون من آثارها اشتراك في ملك المالين قبل التصرف، إذ إنها لا تتم إلا بالتصرف في أحد المالين، فإذا حدث ذلك بأن تصرف أحد الشريكين في ماله باعتباره شريكا كان أثر تصرفه مشتركًا بينهما على ما قدمنا، وإذا هلك مال الآخر بعد ذلك كان الهالك عليهما جميعًا لأن هلاكه كان بعد أن تم العقد.

أما إذا عقدت على المثلي فعند اختلاف الجنس لا تصح به الشركة كما في الشركة على العروض كما قدمنا، وعند اتحاد الجنس جاز أن تعقد بعد الخلط عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف، وقد شرحنا ذلك فيما تقدم إذ إنه لا يرى جوازها بغير النقود من العروض والمثليات مكيلات أو موزونات ولو بعد خلطها بعضها ببعض كما نص على ذلك صاحب العناية.

أما الحنابلة فإنهم لا يشترطون لصحة الشركة اختلاط المالين إذا أحضرا وتعيّنا: لأن الشركة عقد يقصد به الربح فلا حاجة إلى الخلط في محله. ولأنه يقوم على الوكالة وليس من

شـروطها الخلط وهو يتم بمـجرد القـول؛ ولذا كان هلاك أحـد المالين في ضمان الشركاء سواء أكان ذلك قبل التصرف أم بعده.

وقد علمت أن من آثار عقد الشـركة في التشريع الوضعي وجود شـخص اعتباري هو الشـركة تنتقل إليـه ملكية رأس المال جـميـعه، وبـناء على ذلك فلا مـحل لاشـتراط خلط الأمـوال لصيرورتها ملكا للشركة بمجرد العقد.

تمامها - حكمها - آثارها:

تنشـأ هذه الشركـة بالإيجـاب والقبـول ولكن لا تتم ولا يترتب عـليها أثر إلا بالتـصرف في رأس المال عند الحنفـية كـما قدمنا، فإذا عـقد أثنان شركة على رأس مـال مقداره ثلاثة آلاف جنيه مثالثة بينهما، وكانت أموالهما هذه حاضرة لم يترتب على ذلك اشتراك بينهما في ملك مـال كل منهما؛ ولذا إذا ضاع مال أحدهمـا ضاع على صاحـبه. وبطلت الشركـة بضياعـه إذا كان متعينًا لانعدام محلها حينئذ وهو رأس المال الذي تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين. وإنما يهلك ما ضاع أو تلف على صاحبه لأن كل مال يظل عـلى ملك صاحبـه بعد العـقد كـما كان قـبله إذا لم يوضع عقد الشركة لنقل ملكية مال شخص إلى شخص آخر ولا يتضمن ذلك خـلافًا لما ذهب إليه المالكية كـما قدمنا. ولما ذهب إليه التـشريع الوضـعي من انتقـال ملك رأس مال الشـركة إلى الشركة نفسها باعتبارها شخصًا اعتياديا.

أما إذا لم يكن المال متعينًا فـلا يتحقق عندئذ بهلاكه هلاك ما عقـدت عليه الشركة؛ ذلك لأن مـا عقدت عليه الـشركة هو

المال الحاضر عند التصرف فيه وذلك هو الشـرط في صحتها كما قدمنا. وعند حـضوره يتعين ويكون أمانة في يد الشـريك الآخر إذا قبضه، فإذا هلك قبل التصرف فيه عند ذلك هلك أيضًا على صاحبه لبقاء ملكه فـيه وبطلت الشركة - ولكن إذا تصرف أحد الشريكين بماله فـاشترى به بمقتضى عـقد الشركة كان مـا اشتراه مشتركًا بينهما على حسب ما لكل منهما من نسبة في رأس المال فهو بينهما نصفان إن تساويا في رأس المال، وهو بينهما أثلاثا إن كان رأس المال قد اتفق على أن يكون عليهما أثلاثًا، وعند ذلك يرجع المشتري في رأس المال الآخر أو على شريكه بمقدار حصته من الثمن على أساس هذه النسبة. وذلك لأنه حين اشـترى قد اشترى لنفـسه واشترى لصاحـبه بمقتضى أنه وكـيل عنه بمقتضى عقـد الشركة فيـنفذ تصرفه بالـنسبة لحصـته، وهذا الحكم فيـما يشتريه أحدهما بوصف أنه شريك لصاحبه من آثار عقد الشركة، أما ما يشتريه لنفسه خـاصة لا على حكم عقد الشركة فلا يكون لصاحبه فيه حظ، لأنه لم يكن حين اشتراه وكيلا في شرائه عن صاحـبه - ويقبل قـول المتصرف في ذلك بيـمينه دون أن يكلف إثباتًا على أنه قـد اشترى لنـفسه ودون أن يكلف الإشـهاد على ذلك حين الشـــراء لأن الظاهر شـاهد له. فـــالأصل أن يكون الإنسان عاملا لنفسه ما لم يقم دليل على أنه يعمل لغيره، وهذا ما لم ينقد الثمن من مال الشـركة، وإنما نقده من مال نفسه وإلا كان الظاهر أنه يشتري لها لا لنفسه كما قدمنا.

ومما تقدم يرى أن الحـنفية يرون أن كل شـريك يستـمر له ملكه لرأس مـاله إلى أن يتصـرف بالشـراء به فعندئذ يكون مـا

يشتري به مشتركًا بين الشركاء على شروط الشركة، ولا تعد أية سلعة مشتراة ملكا للشركة أو لشريك معين منهم وذلك لما علمت من أن الفقه الإسلامي لا يجعل للشركة ذمة يضفي عليها شخصية معنوية.

وذهب المالكية على المعتمد عندهم والحنابلة إلى أن رأس المال يصير مشتركا بمجرد عقد الشركة ونفاذه، وقد شرحنا فيما تقدم مذهب المالكية.

وقد جاء في كشاف القناع ما يفيد ذلك إذ نص فيه على أنه إذا تلف أحد المالين أو بعضه قبل الخلط فالتالف من ضمانهما لأن مقتضى عقد الشركة أن يكون المالان كالمال الواحد. وجاء فيه أيضًا: إذا نما أحد المالين أو خسر قبل الخلط فالنماء لهما والخسران عليهما لأن المال صار مشتركا بمجرد العقد وجاء مثل ذلك في الفروع (كشاف القناع جـ٣ صفحة ٢٥٤ والفروع جـ٢ صفحة ٧٢٦).

وبناء على ذلك فما يهلك من المال قبل التصرف فيه يهلك على الشريكين بنسبة ما لكل منهما من رأس المال عند المالكية والحنابلة خلافا للحنفية.

أما الشافعية والشيعة الجعفرية ومن يرى تحقق الخلط شرطًا لصحتها فمقتضى مذهبهم أن هلاك المال قبل خلطه يكون على صاحبه. وهذا وجه آخر عند الحنابلة ذكره صاحب الفروع. ومن هذا يرى أن عقد الشركة إنما يصح ويتم بتوافر جميع شروطه

ومنها الخلط ولا يشترط لصحته ولا لتمامه التصرف في رأس المال.

وتنعقد شركة العنان عند جميع الفقهاء على الوكالة والأمانة فكل شريك يعد وكيلا عن صاحبه فيما يباشره من تصرف في رأس مالها مما يعد من أعمال التجارة لا فيما يخرج عن ذلك. وذلك في حدود ما تضمنه عقدها من شروط وما قيدت به من قيود تم الاتفاق عليها بين الشركاء ولا تتضمن كفالة أحدهم عن الآخرين.

وتجوز مع التساوي في رأس المال ومع التفاضل فيه خلافًا لمن شذ عن ذلك من الشافعية، ويجوز أن تكون عامة بالنسبة لجميع أنواع التجارات وأن تقيد بتجارة خاصة أو بنوع خاص من السلع التجارية ذلك لأنها تقوم على الوكالة، والوكالة تقبل العموم والتخصيص والتقييد، فإذا تجاوز أحد الشركاء ما قيدت به الشركة كان في ذلك أجنبيا عن سائر الشركاء وكان متصرفا لنفسه فقط.

وتجوز كذلك مع التفاوت في القدرة على التصرف وتجوز أن تقتصر على بعض ما يملكه بعض الشركاء من المال مما يصلح أن يكون رأس مال لها.

حكمها:

وعقد الشركة بعد تمامه عقد جائز غير لازم لكل شريك أن يستبد بفسخه إذا أراد، وذلك لتضمنه توكيل كل شريك عن أصحابه، والوكالة عقد غير لازم فكان ذلك هو حكم ما تضمنه

أيضًا إذ لا تنفرد شركة عن توكيل، وللموكل أن يعزل وكيله متى شاء، ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الجعفرية.

أما المالكية - فقد جاء في المقدمات لابن رشد أنها من العقود الجائزة فلكل شريك أن ينفصل من الشركة متى شاء. وجاء في بداية المجتهد أنها من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة أي لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء وهي عقد غير موروث. وفي مختصر خليل: أنها عقد لازم بالقول وفي الشرح الكبير للدردير: أن المذهب لزومها بالعقد حصل خلط بين أموال الشركاء أم لا.

وقال ابن عبد السلام: المذهب لزومها بالعقد ولا يتوقف ذلك على الشروع فيها بالتصرف. وقال ابن عرفة أن ذلك القول هو مقتضى قول ابن الحاجب وإن لم يكن قوله في ذلك صريحًا. وإلى هذا ذهب ابن يونس فقال أنها تلزم بالعقد كالبيع ولا رجوع لأحدهما كالبيع بخلاف الجعالة والقراض. وذهب عياض إلي هذا إذ جاء في التنبيهات: الشركة عقد يلزم بالقول كسائر العقود والمعاوضات. وهذا مذهب ابن القاسم في الكتاب. ومذهب غيره أنها لا تلزم إلا بالخلط وهو قول سحنون وهو خلاف المشهور. وقال صاحب المعين أبو إسحق: القول بلزومها هو المشهور عن مالك وأصحابه وهذا خلاف ما ذهب إليه ابن رشد واللخمي، وذهب آخرون إلى أنها لازمة قبل البدء

بالعمل في رأس المال غير لازمة بعد الشروع فيه فلكل شريك أن ينفصل منها عند ذلك، وقد نقل هذا القول في البهجة.

وبناء على نفاذها بالعقد عندهم إذا تقاسما الشريكان اقتسما ما صار بينهما لا أن كل واحد يرجع إليه عين ما دفع، فإذا كان حصة أحدهما عينًا وحصة الآخر عرضا فالشركة قد لزمت بالعقد، وإذن يقتسمان العين والعرض ولا يكون العرض لمن دفعه والعين لمن سلمها. راجع البناني جـ٦ ص٤١ والحطاب جـ٥ ص ١٢٢ وبداية المجتهد في الشركة. جـ٢ ص ٢١١. والبهجة جـ٢ ص ٢٠١.

وعلى أية الحال فعقد الشركة عند المالكية غير موروث يبطل بموت أحد طرفيه اتفاقًا وذلك ما أفاده الرهوني[1]. وفي المدونة: أرأيت إن مات أحد الشريكين؟ قال: إذا مات أحدهما لم يكن للباقي منهما أن يحدث في المال الباقي ولا في السلع قليلا ولا كثيراً إلا برضا الورثة لأن الشركة حين مات أحدهما انقطعت فيما بينهما وصار نصيب الميت لورثته وهذا رأيي اهـ «جـ١٢ ص ٨٤ كذلك الرأي عند غير المالكية».

وعلى هذا يرى أن في لزوم الشركة وعدم لزومها خلافًا بين المالكية وأن الأشهر عندهم هو لزومها بالعقد ولا يتوقف ذلك على الخلط.

---

(١) حاشية الرهوني جـ٦ ص ٥٥ والشرح الكبير والدسوقي عليه جـ٣ ص ٣٥٠ والزرقاني والبناني جـ٦ ص ٤١.

يرى الحنفيـة أن الشركة لا تبطلها الشـروط الفاسدة إلا إذا كان مـا اشترط فيـها شرطًا يؤدي إلى قطع الاشـتراك في الربح كاشتراط مبلغ مـعين من الربح لأحدهما. ومع ذلك لو اشترطا على أن الوضعية تكون على وضع معين مخالف لنسبة كل منهما في رأس المال فسد الشرط دون العقد وكانت على نسبة رأس مال كل منهمـا. وكذلك لو شرط العـمل على أكثر الشـريكين مالا وجعل له من الربح الثلث مثـلا بطل الشرط وصح العقد والربح على نسبـة ماليـهما (ابن عـابدين جـ٤ ص ٢٥٥ وص ٢٦٠). وكذلك ذهـبوا إلى أن الشركـة لا تصح مع الإضافـة ولا تصح كذلك مع التعليق.

أمـا توقيـتهـا بوقت معـين عندهم فقد روى بـشر عن أبي يوسف عن أبي حنيـفة أنهـا تتوقت بما وقـتت به حتى لا تبـقى الشركة بعد مـضي الوقت، وذكر الطحاوي أن هذه الرواية مما لا يكاد يصح بناء على ما روي عنهم في الوكـالة. فقد روي عنهم أن من وكل رجلا بـشراء عبـد أو بيعـه اليوم لا تتوقـت الوكالة باليوم وإذا لم تتوقت الوكالة لم تتوقت الشـركة ضرورة لتضمنها إياها. وقـال غيـره من مشـايخنا أن هذه الرواية صحـيحـة في الشـركة فـصـارت الشركـة والوكـالة على الروايتين: في رواية تتوقـتان لأنهمـا تقبلان الخـصوص في النوع فتـقبلان التـوقيت بالوقت وفي رواية لا تتوقتان لأن ذكـر الوقت قد يكون للتوقيت وقد يكون للاستـعجال وإذا كان محتمل الغـرض لم يرفع عقدًا

ثابتًا بيقين. وذكر ابن عابدين أن صاحب الخانية قد جزم بجواز توقيتها فقال: «إن وقتت صح التوقيت» فما اشترى بعده يكون للمشتري خاصة، وكذا الحكم في المضاربة لأن كلا منهما يتضمن التوكيل وهو مما يتوقت. ومن هذا يظهر أن في المسألة روايتين (راجع ابن عابدين جـ٣ ص ٣٧٣ والبحر جـ٤ ص ١٨٨).

ويرى الحنابلة جواز توقيتها لأنها تقوم على الوكالة وهي مما يجوز توقيتها، ومقتضى ذلك جواز تعليقها وإضافتها عندهم لقبول الوكالة التعليق والإضافة (كشاف القناع جـ٢ ص ٢٥٨). (وفي تحرير الأحكام[1]: لا تصح الشركة مؤجلة فإذا أجلت لم تصح جـ٢ ص ٢٧٣).

استحقاق الربح وتحمل الخسارة:

الأصل عند الحنفية أن استحقاق الربح في الشركة يكون إما بالمال وإما بالضمان - أما استحقاقه بالمال فلأنه يعد نماء للمال فوجب أن يكون لمالكه وبناء على ذلك استحق رب المال في المضاربة ما يشرط له من ربح في حين أنه لا عمل له فيها - وأما استحقاقه بالعمل في المال فلأنه شبيه بالأجرة لأنه جزاء العمل وناتج عنه؛ ولذلك استحق المضارب ما يشرط له من ربح في المضاربة في حين أنه لا مال له فيها - وعلى ذلك يستحق الشريك أيضا إذا عمل في الشركة فيستحق بماله ويستحق بعمله

(١) من كتب الشيعة الجعفرية.

فيها - وأما استحقاق الربح بالضمان فلأن المال إذا صار مضمونًا على المضارب بسبب من الأسباب التي توجب ضمانه وأصبح غير أمين فيه فإن جميع الربح يكون له لضمانه إياه لأنه خراج المال وقد قال ﷺ: «الخراج بالضمان» أي مستحق به. ولأن الضمان يشبه الملك فإذا صار المال في ضمان إنسان كان كالمملوك له فكان له نماؤه. وعليه إذا كان في ضمانه كان له خراجه، ألا يرى أن رسول الله ﷺ قضى برد غلام ابتاعه رجل فأقام عنده مدة ثم تبين فيه عيبًا فقال البائع: لقد استغل غلامي يا رسول الله، فقال ﷺ: «الخراج بالضمان». أي أن خراجه قد استحقه المشترى بسبب ضمانه وليس للبائع أن يطالبه بعد فسخ البيع ورد المبيع إليه بقيمة ما انتفع به. وعليه فكل سبب من هذه الأسباب الثلاثة صالح لاستحقاق الربح، فإذا لم يوجد سبب منها لم يكن الربح مستحقا. وعلى ذلك إذا قال شخص لآخر: تصرف في ملكك على أن لي ثلث الربح الناتج؛ لم يستحق شيئا، إذا استجاب المالك لأنه لا مال له ولا عمل له فيه ولا ضمان.

أما مقدار ما يستحقه الشريك من الربح بهذه الأسباب فإنما يعرف بالشرط لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا». وبناء على ما تقدم إذا شرط الربح في الشركة على نسبة ما لكل شريك في المال من حصة جاز ذلك، وكان الربح بين الشركاء على هذا الشرط متساويا أو متفاضلا حسب الوضع في المال سواء أشرط العمل عليهم جميعًا

أو لم يشرط. وسواء أكان العمل بينهم متفاوتًا قدرًا وقيمة أم لا، وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء.

وإذا شرط لأحدهم نسبة في الربح تزيد على ما يخصه بناء على حصته في رأس المال سواء أكان المالان متساويين أو متفاضلين فإن كان العمل مشرطًا عليهما أو لم ينص عليه فعند أئمتنا الثلاثة أبي حنيفة وصاحبيه يصح شرطهما في الربح ويكون الربح على ما شرطا في توزيعه لأن الربح كما يستحق في الشركة برأس المال يستحق بالعمل، وتقدير حصته من الربح يكون بالاشتراط والاتفاق. ذلك لأن الأعمال تتفاوت قيمة باختلاف العاملين قدرة وحذقا ومهارة ودراية فقد يكون العمل القليل من شخص أرفع قيمة من كثير من جنسه إذا كان من شخص آخر. وهذا مع ملاحظة ما قدمناه من أن استحقاق الربح بالعمل في الشركة إنما يقوم على شرط لا على العمل نفسه حقيقة، فلو أن أحد الشركاء لم يعمل فعلا لم يمنع ذلك من استحقاقه حصته من الربح فيكون له ما شرط، وإن لم يعمل فعلا بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال فعمل في المال بدله استحق حصته من الربح المشروطة له وإن لم يقم بعمل فعلا. وإلى ذلك ذهب الحنابلة فقد جاء في المغني لابن قدامة «جـ٥ ص ١٤٠»: وأما شركة العنان وهي أن يشترك بدنان بمالهما فيجوز فيها أن يجعلا الربح على قدر المالين، ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال، بهذا قال أبو حنيفة، وإلى رأي الحنفية ذهب الزيدية «المنتزع المختار جـ٣ ص ٣٥٩».

وإذا لاحظنا ما تقدم من أن الاشتراك في السلع المشتراة للشركة بين الشركاء يكون على حسب ما لكل شريك من حصة في رأس المال فإنه إذا شرط لأقل الشريكين حصة ربح زائد عما يخصه من ربح حصته نظير عمله فهو لا يستحق شيئا من ذلك إلا عند ظهور الربح واستقراره حتى إذا أخذ مقداراً من الربح على أنه من نصيبه ثم عمل حساب بعد ذلك فلم يظهر في الشركة ربح لحدوث خسارة مثلا بعد ذلك استرد منه ما أخذه لأن الربح يجبر الخسارة كما سيأتي في المضاربة.

أما زفر من الحنفية ومالك والشافعي والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر فقد ذهبوا جميعًا إلى أن الربح يجب أن يكون تابعا لرأس المال. فهو بين الشركاء بالتساوي إن تساوت رؤوس أموالهم، وبالتفاضل على حسب نسبة كل في رأس المال إن تفاوتت رؤوس أموالهم. ولا يصح أن يشترط لأحد الشركاء في الربح زيادة على ما يحص مقدار رأس ماله منه. ذلك لأن الربح لا يستحق عندهم إلا بالمال لأنه نماء له ونماء المال لصاحبه، فلو أعطى أحدهم منه زيادة لكانت زيادة مملوكة لغيره فلا يجوز، ألا يرى أن زوائد الحيوان من ألبان وصوف وولد تكون بين الشركاء فيه على مقدار ما لكل منهم فيه من نسبة، وهذا هو وضع الشركة ومقتضاها بخلاف القراض، فله وضع آخر غير وضع الشركة، إذ الاشتراك فيه إنما يكون في الربح بناء على عمل ومال. وليس لأحدهما إلا مال وليس للآخر إلا عمل ولا تتحدد حصة كل إلا بالشرط، فكان أساس ذلك هو الاشتراط

بخلاف شـركة العنان لأنهـما ابتداء شـركة بالأمـوال استعـقبت الشركـة في الأرباح فكانت تابعة لهـا - وأما مـا جاء في بعض كتب الحنفـية من أنه إذا شرط العمل جـميعه على أحـدهما فإن شرط على الذي شرط له فـضل الربح زيادة على ربح رأس ماله جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله ويستحق الزيادة بعمله، وإن شرط على من أعطى ربحًا أقل من رأس ماله لم يجز لأن الذي شـرط له الزيادة ليس له في مقابلتـها مال ولا عمل ولا ضمان فـلا يستحقها. هذا الذي ذكـر وأشباهه إنما هو من المضـاربة لا من شركـة العنان إذ عـدم العمـل بالنسبـة إلى أحدهما إنما يتحقق في المضاربة لا في شركة العنان.

أما الوضـعية أي الخـسارة فهي دائمًـا على قدر رأس المال باتفاق بين جميع الأئمة على اختلاف مذاهبهم، واشتراط خلاف هذا شـرط فاسـد لا نفاذ له ولا تبطـل به الشركـة بل يبطل هو ويصح العقد.

وذهب رجال التشريع الوضعي إلى أن الأصل أن يعين حظ كل شريك من الربح أو الخسارة في عقد الشركة فإذا تضمن عقد الشركة ذلك وجب اتباعه وليس يشـترط حينئذ أن تكون الخسارة أو الربح على حسب حـصة كل شـريك في رأس المال بل يجوز أن يشتـرط في توزيع كل منهمـا أن يكون على ذلك وأن يكون على خلافـه فيكون لأحدهم في رأس المال الـربع ويجعل حظه في الخسارة أكثر من ربعها أو أقل من ذلك، كما يجوز أن يجعل حظه في الربح مثل ذلـك أو أكثر منه أو أقل منه حـسب الشرط

ولا يجب في قسـمة الخسارة حـينئذ أن تكون على وفق قسـمة الربح ولا على وفق حصة كل في رأس المال بل يجوز اخـتلافها عنهما.

وإذا كانت حـصة أحدهم في رأس المال عمـلا فقط وجب أن يقدر حظه في الربح والخسارة وذلك تبعًا لما تفيده الشركة من عمله سواء أكان ذلك في العقد أم بعده، وإذا كان له زيادة على ذلك حـصة نقـدية في رأس المال كان له في الربح نصـيب على عمله ونصيب على حصته المـالية، وإذا لم يعين في عقد الشركة حظ كل شريك من الربح والخسارة في العقد كان حظ كل منهم في ذلك بنسبة ما لكل من حـصة في رأس المال، وإذا اقتصر في العقـد على بيان الحظ في الربح أو بيـان الحظ في الخسـارة كان ذلك بيانًا أيضًا لمقداره من الخسارة أو الربح ولا يجوز أن يتضمن العقد إعفاء أحد الشركاء من الخسارة أو حرمانه من الأرباح وإلا كان باطلا، ومع ذلك يجـوز الاتفاق على إعفـاء الشريك فيـها بعمله فـقط من المساهمـة في الخسارة إذا لم يقـرر له أجر على عمله. (راجع الوسيط جـ٥ ص ٥١٤).

تصرف الشركاء في مال الشركة:

ذكرنا أن عقد شركـة العنان يتضمن الوكالة وأن الهدف من إنشائها الحصول على الربح بالاتجار في المال، وعلى ذلك كانت الوكالة فيـها وكالة في كل ما تقتـضيه التجارة وتتطلبـه عرفًا من التصـرفات، فيصـير كل شريك وكـيلا عن صاحـبه في ذلك، وعليه لـيس له أن يتبرع من مـال الشركـة ولو كان مـحاباة في

تصرف إلا أن يكون ذلك أمرًا مألوفًا في عرف التجار فيعتبر مأذونا فيه.

وبناء على ما ذكر يكون لكل شريك حق في التصرف في مال الشركة بمجرد تمام العقد بالبيع والشراء دون أن يتوقف ذلك على قبضه مال صاحبه أو خلطه بماله لأن ذلك من أعمال التجارة. وله البيع بالنقد والبيع نسيئة عند الحنفية خلافا للشافعية، وعند الحنابلة في ذلك روايتان. ويبيع بقليل الثمن وبكثيره، بشرط ألا يخرج عن العرف، فإن عمل التجار لا يخلو من ذلك غير أنه لا يجوز أن يتصرف بالغبن الفاحش إلا إذا كان مفوضا إليه من أصحابه، وذلك عند الصاحبين. وجوز الإمام ذلك من غير تفويض اعتمادًا على إطلاق الوكالة وعمومها. وهذه مسألة الوكالة وتقييدها بالعرف والخلاف فيها بين الإمام وصاحبيه.

وإذا باع أحدهما بثمن حال لم يكن لصاحبه أن يؤجل حصته منه عند أبي يوسف خلافا لأبي حنيفة ومحمد، وقد شرحنا ذلك عند كلامنا على الدين المشترك. غير أن أبا يوسف يرى أنه ليس للوكالة الثابتة بعقد الشركة في جواز التأجيل أثر، إذ لا محل للتأجيل بعد انتهاء العقد الموجب للدين، وليس مما تقتضيه أعمال التجارة بعد تمام العقد حتى يكون وكيلا فيه عندئذ.

وللشريك أن يشتري بالنسيئة إذا كان في يده مال من جنس الثمن الذي اشترى به، ذلك لأن الشراء بالنسيئة يعد استدانة

على الشـركـاء وليس له ذلك، ولكن إذا كـان في يده مـال من جنس الثـمن جاز، إذ يمكن حينـئذ وفاء الثـمن مما تحت يده من هذا المال في الحال. وإنما لم تجز الاستدانة على هذا الوضع لأنه يترتب عليها زيادة رأس مال الشركة بغير إذن أصحابه. والشركة إنما عـقدت على رأس المال المعلوم القـدر، ولم يرض الشـركاء بزيادته فـلا يجوز لذلك الشراء بـالنسيئـة وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة - وإذا كان التصرف مقايضة لا يجوز التأجيل عندئذ لأن الثمن في الواقع مبيع ولا يؤجل تسليم المبيع.

ولأحد الشركاء أن يبضع من مال الشركة بغير إذن أصحابه لأن ذلك ضرب من التـجارة ولأن له أن يستأجـر من يعمل في رأس المال فكان الإبضاع أولى بالجواز لأن فيه العمل بدون أجر. وخالف في ذلك الشافعية، وعند الحنابلة في جوازه روايتان.

وله أن يودع إذ لا يستغنى التجارة عن ذلك، وله أن يوكل غيره في عمل من أعمال الشـركة استحسانا إذ إن ذلك من عادة التجـار، فالتـاجر قـد لا يتمكن من مبـاشرة جـميع تصـرفات التجارة، وله أن يعزل من وكله صاحبه لأنه في الواقع يعد وكيلا عنه أيضًـا، وللموكل عـزل الوكيل. وله الإجـارة لأن ذلك من ضروب التـجارة وله الرهن والارتهان لذلك لأنهمـا وسائل إلى ذلك. وله أن يحتال لأن الحوالة من أعمال التـجارة، إذ كثيراً ما تكون وسيلة استيفاء الدين، وله أن يقيل فيـما باع صاحبه وفيما يبـيعـه هو لأن الإقالة ضـرب من التجـارة، إذ هي مبـادلة في الواقع. وله الحط من الثمن وتأجيله في سـبيل الصلح على عدم

الرد بالعيب لأن ذلك أنفع من الرد بالعيب، وله عند السفر في عمل للتجارة أن ينفق على نفسه من مالها بالمعروف، لأن ذلك يعتبر مأذونا فيه عرفا - ولو استقرض مالا للتجارة لضرورة اقتضت ذلك لزم الدين أصحابه لأن القرض صرف في المعنى والصرف من أعمال التجارة ولأن الاستقراض استعارة وذلك من ولاية الشريك إذ لا تستغنى عنه التجارة عادة.

وليس لأحدهما أن يهب مالا من مال التجارة، ولا أن يقرضه ولا أن يقر على الشركة، ولا أن يشارك بمال من مال الشركة، إلا أن يؤذن له في ذلك لأن الشيء لا يستتبع مثله.

شركة المفاوضة:

يرى الحنابلة أن عقد الشركة إذا عقد على الاشتراك فيما لكل شريك من الشركاء من مال يصح أن يكون رأس مال للشركة وهو النقود الحاضرة مع تساوي جميع الشركاء في الربح وفي رأس المال، وعلى أن يعمل كل شريك في مال صاحبه مستبداً برأيه وكانت أموالهم التي يصح أن تكون رأس مال للشركة متساوية سميت هذه الشركة بشركة المفاوضة.

ويشترط لهذه الشركة عند الحنفية جميع ما يشترط في شركة العنان ولا بد فيها مع ذلك من التساوي في رأس المال وفي الربح وفي القدرة على التصرف؛ ولهذا المعنى سميت مفاوضة، إذ إن كل شريك فيها يفوض إلى صاحبه أن يتصرف في جميع مال التجارة. وقيل أن اشتقاق الاسم من فاض الماء إذا انتشر أو من فاض الخبر إذا استفاض وشاع، وذلك لانتشار هذا

العقد وظهوره في جـميع التصرفات. وقيل اشتـقاقه من المساواة ومن ذلك قول الشاعر:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سـراة إذا جهالهم سادوا

أي لا يصلح متساويين إذ إن هذا العـقد مبني على المساواة في رأس المال وفي الربح.

وتنعقـد مفاوضـة إذا عقدت بهـذا العنوان أو بما يدل على المساواة فيمـا ذكر من العبارات، وعليه إذا اختـص أحد الشركاء فيها بملك مال يصلح أن يكون رأس مـال لشركة العقد لا تكون شركة مفاوضة، وإن عقدت بلفظها.. لانعدام المساواة في المال، ولكن إذا اختـص أحـدهم بملك عـرض أو دين على إنسـان أو بملك عـقار لم يـؤثر ذلك في صحـتـها لأن كـلا من هؤلاء لا يصلح أن تعقـد عليه الشركة، فكان كاختـصاص الشريك فـيها بالزوجة.

وإذا عقدت الشركة على ذلك تضمـنت الوكالة فيصير كل شريك وكيلا عن الآخرين في التصـرف فإذا تصرف كان تصرفه لحساب الشركاء جميعًا وكانت السلعة المشتراة مثلا مشتركة بينهم على التساوي. وكذلك يصير كل واحـد منهم كفيلا عن صاحبه أو أصحـابه، فيطالب بما يطالب به أي شـريك. وإذا ورث أحد الشركاء مالاً يصلح أن يكون رأس مال لشركة العقد أو وهب له أو تملكه ملكًا خاصًا تحولت الشركة إلى شركـة عنان ولا تستمر مفاوضة، وكذلك الحكم إذا فقدت شرطًا من شروطها.

ويجوزها الحنفية استناداً إلى ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «تفاوضوا فإنه أعظم للبركة» وقال ﷺ: «إذ فاوضتم فأحسنوا المفاوضة»، لأن الناس يتعاملون بها من غير نكير، وبهذا التعامل يترك القياس، ويقول صاحب نصب الراية في الحديث الأول أنه حديث غريب، ويقول الكمال بن الهمام في الثاني أنه لم يعرف أصلا في كتب الحديث، وما استند إليه الحنفية من التعامل من غير نكير أمر غير معروف ولا مسلم - وعلى فرض صحة الحديث الأول فليس يعرف ماذا يراد بالمفاوضة فيه، إذ ليس ما يدل على أنها بالمعنى الذي ذهب إليه الحنفية دون غيره كالمعنى الذي ذهب إليه مالك.

ومذهب الزيدية فيها يكاد يكون كمذهب الحنفية فهم يشترطون لكي تكون الشركة مفاوضة تساوى مال الشريكين جنسًا وقدراً حتى لو كان مال أحدهما ذهبًا ومال الآخر فضة لم تكن مفاوضة خلافًا للناصر، ولا بد فيها عندهم من خلط المالين على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر، وإلا لم تصح. وتنعقد على الوكالة والكفالة فيكون لكل شريك فيها ما لصاحبه وعليه ما عليه، فإذا اشترى أحدهما شيئا لزم الآخر ثمنه، وللبائع مطالبة أيهما شاء، وذلك فيما هو محل للتجارة، فلا يلزم أحدهما مهر لزم الآخر، واختلفوا فيما يلزم أحدهما بسبب إتلاف أو كفالة بغير أمر المكفول هل يلزم الآخر أم لا. فإن تتوافر فيها الشروط كانت عنانا (المنتزع المختار جـ٣ ص ٣٥٤).

أما الحنابلة فقد جاء في المغني لابن قدامة أن شركة المفاوضة نوعان: أحدهما- أن يشترك الشريكان في جميع أنواع

الشركة مثل أن يجـمعا بين شركة العنان وشركـة الوجوه وشركة الأبدان فـيصح ذلك لأن كل نوع صـحيح على انفـراده فيـصح كذلك مع غيره.

والثانـي - أن يدخلا بينهـما في الشركـة الاشتـراك فيـما يحصل كل منهما من مـيراث أو يجده من ركاز أو لقطة، ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخـر من أرش جناية أو ضمان غصب أو قيمـة متلف أو كفالة، وهذا نوع من الاشتـراك فاسد. ذهب إلى ذلك الشافعي وأجازه الثـوري والأوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك (المغني لابن قدامة جـ٥ ص ١٣٨).

وقد علمت أن شـركة المفاوضـة على هذا الوضع لا يقول بها أبو حنيـفة ولا مالك وما يظن أن يقـول بها فقيـه فضلا عن الثوري والأوزاعي، وأنهـا بالمعنى الأول صحيحة عنـد الحنفية، لأنهـا تكون حيـنئذ نوعـا من العنان، وعلى أية حـال فـشركـة المفاوضـة عند المالكيـة لا خلاف فيـها عند الفـقهـاء أما شـركة المفاوضة على ما ذهب إليه الحنفية والزيدية فلا يقول بها جمهور الفقهاء بل لقد نقل عن الشافعي أنه قال: إذا كان في الدنيا عقد فاسد هو المفاوضة. والواقع أنها بهـذا المعنى غير ميسرة الوجود إن لم تكن متعذرة التحقق.

وبناء على مـا ذهب إليـه الحنفيـة فجـمـيع ما يلزم أحـد الشركاء بسبب التـجارة يلزم صاحبه بناء على كفـالته له بمقتضى عقد الشـركة، لتضمنه الوكالـة والكفالة فيما هو اتجـار، أما ما يشتريه أحدهما لنفسه ممـا هو مختص به عادة وما هو في حاجة إليه لحياته كالطعام والكسوة ومنزل السكنى سواء أكان ذلك له أم

لأهله فلا يكون محلا للاشتراك لأن الوكالة لا تتناوله. وكذلك ما يلزم أحدهما بدلا عما لا يصلح فيه الاشتراك لا تتناوله الكفالة كأرش الجناية والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد. وإذا كفل أحدهما عن أجنبي من غير أمره لم يلزم ذلك صاحبه اتفاقا، وإذا كان بأمره لزمه عند الإمام خلافا لصاحبيه، وقد راعى الإمام أنها كفالة تقتضي الرجوع المكفول، فكانت في معنى المعاوضة، وراعى صاحباه أنها تبرع في بدايتها.

ويشترط الحنفية لتحققها الشروط الآتية:

أولا - أن تتوافر في الشركاء أهلية الوكالة والكفالة، وذلك بأن يكون كل شريك حرًّا عاقلا بالغًا رشيدًا.

ثانيًا - أن يتساوى الشركاء فيما يصلح أن يكون رأس مال للشركة قدرًا وقيمة ابتداء وانتهاء، وأن يدخل كل ذلك في الشركة، لأنها تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن ذلك.

ولا تشترط المجانسة في المال ما دامت القيمة متحدة خلافا للزيدية، وعلى ذلك إذا كان رأس مال أحدهما ذهبا ورأس مال الآخر فضة وهما متساويان قيمة صحت المفاوضة على أشهر الروايتين، وعن أبي حنيفة أنه يجب اتحاد المالين جنسا كذلك. إذ إنه عند اختلافهما جنسا لا يتحقق من مساواتهما قيمة لأن التقويم يختلف باختلاف المقومين - ولا يشترط على أشهر الروايتين اختلاط المالين خلافا لزفر إذ يشترط اتحاد الجنس وخلط المالين.

وبناء على ما ذكر لا يجوز أن يكون لأحد المتفاوضين مال يصلح أن يكون رأس مال للشركة لم يدخل فيها، ولا يضير أن

يختص أحدهما بما لا يصح أن يكون رأس مال لها كالعقار والعروض والديون والأموال الغائبة، ولكن إذا حضر المال الغائب أو استوفى الدين انقلبت إلى شركة عنان، وبناء على هذا الشرط إذا كانت أموال الشركاء متساوية القيمة يوم عقدت الشركة ثم تغيرت الأسعار بعد ذلك فاختلفت قيمها بسبب ذلك قبل التصرف بالمال بطلت كشركة مفاوضة وصارت عنانًا، ذلك لأنه قد اعترض ما يمنع ابتداءه فيمنع أيضًا بقاءه، وكذلك الحكم لو حدث ذلك بعد التصرف بأحد المالين.

ثالثا - تساوي الشركاء في الربح وإلا كانت عنانًا.

رابعا - عمومها، فلا يجوز أن تقيد بنوع من التجارة ولا بنوع من التصرف ولا أن يقيد أحد الشركاء دون الآخرين بعمل أو بالاتجار في نوع خاص وإلا كانت عنانا. وقد ترتب على هذا أنها لا تكون بين شركاء يختلفون في ولاية التصرف والقدرة عليه فلا تصح بين المسلم والذمي لاختصاص الذمي بالتجارة في الخمر، واكتفى أبو يوسف بالمساواة في الأهلية.

والواقع أن شركة المفاوضة على ما ذهب إليه الحنفية والزيدية لا تعد شركة واقعية وليس لوجودها بقاء إذا ما وجدت، فإن اشتراط تساوي أموال الشركاء في القيمة وعدم اختصاص كل شريك بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة في جميع مراحل وجودها لا يبقي عليها زمنا طويلا فإن استمرار كل شريك على ما كان له من نقود عند تكوينها وعدم زيادتها بعد ذلك أمر يكاد أن يكون عسيرًا.

«المضاربة»

المضاربة نوع من الشركة لأنها شركة في الربح لا في رأس المال، ذلك لأن رأس المال فيها يكون من أحد طرفي العقد والعمل فيه يكون من الطرف الآخر وهي لذلك تشبه الإجارة لأن العامل فيها يستحق حصته من الربح جزاء عمله في المال. وهي من هذه الناحية تعد رخصة لحاجة الناس إليها وتعاملهم بها فقد كانت معروفة في زمن الجاهلية. وروى أبو نعيم وغيره أن رسول الله ﷺ ضارب لخديجة رضي الله عنها وهو ابن خمس وعشرين سنة، إذ سافر بمالها مضاربا إلى الشام قبل أن يتزوجها وكان معه غلامها ميسرة فربح ربحًا عظيما كان له حصة منه. وكانت معاملة شائعة استمرت إلى ما بعد بعثته ﷺ، فأقرها حتى لقد روي أنه ﷺ قال: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع»، أخرجه ابن ماجه من حديث صهيب وفي سنده مقال.

والأمر المقطوع به أن هذا النوع من المعاملة كان معروفا في عصر النبي ﷺ وأنه أقره - والآثار الواردة في هذه المعاملة عديدة وكثيرة، فعن حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة يضرب به له: «ألا تجعل مالي في كبد رطبة وألا تشتري به حيوانا «لأنه عرضة للهلاك ولا تحمله في بحر ولا تنزل به بطن مسيل فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي»، رواه الدارقطني وأخرجه البيهقي وقوى الحافظ إسناده.

وروى ابن عباس عن أبيه العباس أنه كان إذا دفع مالا مضاربة، اشترط على صاحبه ألا يسلك به بحراً وألا ينزل به واديا وألا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك فهو ضامن، وأنه رفع ما شرطه على صاحبه إلى رسول الله فأقره. أخرجه البيهقي، وروي عن عمر أنه أعطى مال يتيم لمن يضارب فيه، أخرجه البيهقي وابن أبي شيبة.

وعن عبد الله وعبيد الله ابني عمر أنهما لقيا أبا موسى الأشعري بالبصرة منصرفهما من غزوة نهاوند فأخذا منه مالا يريد أن يرسله إلى عمر في المدينة فابتاعا به متاعا وقدما به المدينة فباعا المتاع وربحا فيه، وأرادا رد رأس المال فقط إلى عمر، فأبى أن يأخذ المال، وأراد أن يأخذ المال وربحه فاعترضا أباهما وقالا له: لو تلف هذا المال كان ضمانه علينا فكيف لا يكون لنا ربحه. فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا، فقبل وقال: قد جعلته قراضا على النصف، فأخذ منهما المال ونصف ربحه، أخرجه مالك في موطئه، كما أخرجه الشافعي والدارقطني. وقال الحافظ إسناده صحيح.

وهذا إلى أن من الناس من يملك المال ولا يحسن العمل فيه، ومنهم من يحسن العمل في المال ولا مال له، فكانت الحاجة ماسة إلى أن يستعين الأول في تنمية ماله بعمل الثاني فيه فكان جوازها محققًا للمصلحة.

ولقد ذكر بعض الفقهاء أن قوله تعالى: ﴿... وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ ...(٢٠)﴾[المزمل]. وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ ... (١٩٨)﴾ [البقرة]، يتناول بعمومه وإطلاقه العمل في المال، بالمضاربة. وأنها سميت مضاربة من الضرب بالمال في الأرض والسفر به ابتغاء الربح.

وقد شاع هذا الاسم عند العراقيين كما شاع تسميتها قراضًا أو مقارضة عند الحجازيين، لأن صاحب المال يقطع ويقرض من ماله جزءًا منه يدفعه لغيره ليتجر فيه، وقيل إنما سميت مضاربة لأن كلا من صاحب رأس المال والعامل يضرب بسهم في الربح - وكذلك يسميها بعض الناس معاملة لما فيها من التعامل بالبيع بالشراء.

وهي عقد على الاشتراك في الربح الناتج من مال يكون من طرف وعمل من طرف آخر، والطرف الأول هو صاحب المال، والثاني هو المضارب أو العامل، وقد ينعكس الأمر فيكون الأول هو العامل، وقد يتعدد صاحب المال كما يتعدد العامل وهي من العقود المالية الدائرة بين النفع والضرر.

ولا بد فيها من اتحاد مجلس الإيجاب والقبول خلافًا لكثير من الزيدية إذ ذهبوا إلى أنها كالوكالة لا يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأنها في الواقع وكالة في العمل في المال بأجر، ومن الشافعية من اكتفى فيها بالعمل عن القبول في

المجلس (راجع نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٢٦ والمنتزع المختار جـ٣ ص ٣٢٧ ونيل الادخار جـ٥ ص ٢٢٦).

وعلى ذلك لا يشترط فيها اتحاد المجلس عندهم.

ركنها:

ركنها الإيجاب والقبول ويكون ذلك بكل ما يدل على معناها كأن يقول رب المال خذ هذا المال فضارب فيه على أن يكون لك من الربح ثلثه أو اتجر فيه أو اعمل فيه على ذلك ونحوه - والقبول كأن يقول العامل قبلت أو رضيت ويتسلم المال فيعمل فيه.

وكما تجوز المضاربة منفردة تجوز مجتمعة مع شركة العنان، وذلك لأن المال إذا كان من جانب والعمل من جانب آخر، كانت المضاربة منفردة سواء أكان المال لواحد أو لأكثر، ولا عمل لهم، وسواء أكان العامل واحداً أو أكثر ولا مال لهم.

وقد يكون المال لشريكين أو أكثر على أن يكون العمل على بعضهم كأن يساهم ثلاثة في ثلاثة آلاف جنيه على كل ألف ويعقدوها شركة على أن يعمل فيها واحد منهم فقط. وفي هذه الحال يكون مال غير العامل مضاربة في يد العامل منهم واحداً أو أكثر - أما مال العامل فهو ماله يعمل فيه بحكم أنه مالك له. وإذا كان العامل عندئذ متعدداً كأن كان العمل على اثنين، كانت أموالهما بينهما شركة عنان، بينما تكون أموال الآخرين في أيديهما مضاربة. وفي هذه الحال يكون ربح أموال العاملين لهم

خاصة شركة بينهما، وربح أموال غير العاملين على الشركة حسب الاتفاق فتضاف حصة العاملين إلى ربحهم من مالهم، وفي هذه الحال لا يجوز أن يشترط لغير العامل نسبة من الربح تزيد على ما يخص رأس ماله الذي دفعه إذ لا سبب لاستحقاقه هذه الزيادة من مال أو عمل أو ضمان.

وقد يكون الشركاء العاملون أكثر من واحد والمال لبعضهم فقط على أن يكون الناتج (الربح) مشتركًا بينهم على حسب الشرط وهذا جائز عند الحنابلة - على أن يعتبر من لا مال له مضاربًا في مال صاحبه فيكون له حظه من الربح على حسب ما شرط له فيه.

نص على ذلك أحمد في رواية أبي الحارث وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب: إذا كان عمل رب المال مشروطًا في العقد لا يصح وذلك لاشتراط تسليم رأس مال المضاربة إلى العامل، واشتراط اشتراك رب المال في العمل فيه لا يتم معه التسليم إلى العامل، وعلى ذلك لا تصح المضاربة لفقدان شرطها وهو تسليم المال إلى العامل، وإلى هذا ذهب مالك والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وابن المنذر، وتأولوا الرواية السابقة عن أحمد بأن عمل رب المال لم يكن مشروطًا في العقد وإنما استعان به المضارب فقط. واستعانة المضارب برب المال في العمل جائزة اتفاقًا بعد أن يكون التسليم قد تم.

ولكن قيل في توجيه الرواية الأولى أن العمل أحد ركني المضاربة ومن الجائز أن يقوم به العامل، كما يجوز أن يقوم به مع الاشتراك مع رب المال، ويكفي في المضاربة ألا يحال بين المضارب وبين العمل في المال، وذلك يتم بإطلاق التصرف في المال نظير جزء من الربح شائع، ولهذا لو دفع شخص ماله إلى اثنين ليعملا فيه جميعًا مضاربة جاز ذلك اتفاقًا في حين أنه لم يحصل تسليم تام إلى كل منهما وإنما سلم إليهما جميعًا وأطلق لهما التصرف فيه (راجع المغني لابن قدامة جـ٥ ص ١٣٨).

وسنعرض فيما يأتي لعمل المضارب في غير مال المضاربة وما يترتب عليه وما فيه من خلاف.

هذا وإذا انعقدت المضاربة انعقدت على الوكالة والأمانة، فيصير المضارب وكيلا عن رب رأس المال في إنمائه بالتجارة، ويكون المال أمانة في يده عند قبضه فإذا هلك بدون تعد ولا تقصير هلك على صاحبه، وإذا توفي المضارب مجهلا له كان ضمانه في تركته (راجع المغني لابن قدامة ج٥ ص ١٣٨).

شروطها:

١- يشترط في كل من رب رأس المال والمضارب ما يشترط في شريكي العنان في شروط؛ لأن المضاربة كما قدمنا نوع من الشركة، فيجب أن يكون رب رأس المال أهلا لأن يوكل وأن يكون المضارب صالحًا لأن يكون وكيلاً.

٢- وكذلك يشترط فيما تنعقد عليه المضاربة وهو رأس مالها ما يشترط فيما تصح به الشركة وتنعقد عليه من مال، وعلى ذلك يجب أن يكون رأس المال ذهبًا أو فضة مضروبين أو نقدًا رائجًا على الأصح، فلا تصح المضاربة على العروض من عقار أو منقول ولو كان المنقول مثليًّا إلا إذا دفع رب المال إلى المضارب العروض وقال له بعها بالنقود، وضارب بثمنها. ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة.

وقال الشافعية لا تجوز المضاربة على العروض ولو مع الأمر ببيعها بالنقود والمضاربة بثمنها بناء على أن ذلك في معنى تعليق المضاربة على بيع العروض وهي لا تقبل التعليق، ولأنها حينئذ تكون على رأس مال مجهول، إذ لا يعمل بكم تباع العروض ويشترط في صحتها أن يكون رأس المال معلومًا. ورد ذلك بأن هذه الجهالة لا تفضي إلى نزاع، فهي لذلك جهالة مغتفرة، وليس في المضاربة بالثمن تعليق فيه خطر لأن رب المال جعل للمضارب أن يبيع العروض وقد سلمها إليه فكان له ذلك بمقتضى عقد الوكالة كما كان له بمقتضى عقد المضاربة حق التصرف في الثمن المال بالبيع والشراء، غير أن الحنابلة اشترطوا في هذه الحال ألا يعهد إلى المضارب بالبيع وإنما تصح إذا جعل ذلك لغيره ثم أعطى الثمن إليه ليضارب فيه حتى لا يكون من المضارب زيادة عمل في القراض، وهي ممنوعة عندهم (الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص ٥١٩ - والخرشي جـ٦ ص ٢٣٧).

ووجهوا ذلك بأنه إذا تولى غير المقارض بيع العروض ثم أعطى الثمن إلى المقارض كان القراض على نقد، أما إذا تولى المقارض البيع فإن القراض يكون في الظاهر على العرض لا على الدراهم والدنانير لأنها غير موجودة، والقراض رخصة انعقد الإجماع على جوازه بالدنانير والدراهم فوجب مراعاة ذلك في الصورة ولا شك أن هذا محل نظر واعتداد بشكل لا مبرر له.

أما من ذهب إلى جواز الشركة بالعروض كابن أبي ليلى والأوزاعي ومن ذهب مذهبهم، فإنه جوز انعقاد القراض عليها وتنعقد حينئذ على قيمها عند عقد المضاربة، وما زاد على ذلك إذا بيعت يعتبر ربحًا، وقد يتفقان على أن يكون رأس المال ما اشتريت به هذه العروض.

٣- ويشترط كذلك أن يكون رأس المال معلومًا كما قدمنا في الشركة، وأن يكون عينًا حاضرة فلا تصح، المضاربة على دين ولا على مال غائب. والشرط أن يكون ذلك حاضرًا عند التصرف، فلا يشترط الحضور في مجلس العقد، وعلى ذلك إذا وفَّي الدين - فسلم إلى المضارب أو أحضر المال الغائب فسلم إليه صحت المضاربة.

وذهب المالكية إلى أنه إذا كان الدين في ذمة المضارب نفسه وجب لصحة المضاربة به أن يحضره المضارب ويسلمه إلى الدائن ثم يسلمه الدائن إليه مرة أخرى، فقد جاء في الشرح الكبير: ولا تجوز المضاربة بدين على العامل ما لم يوفه لربه فعلا أو يحضره ويشهد على أن هذا هو الدين الذي عليه لرب المال وإن

ذمته برئت منه ثم يدفعه إليه ليعمل فيه حتى تنتفي تهمة تأخيره وفاء الدين في نظير فائدة هي ادعاء العمل فيه.

وكذلك لا يرى الحنابلة صحة المضاربة بالدين ولذا لو قال رب المال للمضارب ضارب بما عليك من الدين لي أو ضارب بالدين الذي لي في ذمة فلان لم تصح، ولكن إذا وكله في اقتضاء دينه وقبضه وقال له إذا قبضته فضارب به صحت (راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٢٦٣).

وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية كما في بداية المجتهد لابن رشد.

٤- وكذلك يشترط أن يسلم رأس المال إلى المضارب ليتمكن من العمل فيه، فلا تصح المضاربة إذا أعطى لأمين آخر غير المضارب، وكذلك لا تصح إذا اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب في رأس المال لأن هذا الشرط يجعل لرب المال يداً عليه، فكان ذلك شرطًا مخلا بكمال التسليم إلى المضارب، ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية، ويرى المالكية أنه إذا تضمن عقد القراض شرطًا من رب المال أو من المقارض على أن يعمل رب المال معه أو على ألا يعمل المضارب إلا بعد مراجعته واستشارته أو اشتراط رب المال عليه أمينًا فسدت المضاربة، حتى إذا عمل المضارب في المال لم يكن له إلا أجر مثله لأن هذه الشروط تخل بكمال التسليم كما قدمنا، وإلى ذلك ذهب الشافعية (راجع الدردير جـ٣ ص ٥٢١) والنهاية جـ٥ ص ٢٢١).

وذهب الحنابلة إلى جواز اشتراط هذا الشرط فإذا شرط لم يخل بصحة المضاربة (راجع كشاف القناع جـ٢ ص ٢٦٣): حتى لو قال رب المال لرجل: اعـمل معي في هذا المال فمـا كان من ربح فهو بيننا صح ذلك وكان قراضًا صحيحًا نقله أبو داوود عن أحمد.

ويلاحظ أن الخلاف بين الفقهاء في ذلك إذا كان عمل رب رأس المال مشـترطًا. أمـا إذا عمل متـبرعًا مـن غير شـرط كأن استـعان به المضارب فلا يؤثر ذلـك في صحة المضاربة اتفـاقًا - وكذلك يلاحظ أن الأب أو الوصـي إذا ما قارض أحـدهما على مال موليه واشترط على المضارب أن يعمل معه فذلك جائز اتفاقًا إذ يجـوز لكل من الأب والوصى أن يقارض بمال مـوليه، فـإذا انضم إلى المقارض كـان ذلك من قبيل تعدد المقـارض ولا مانع منه اتفاقًا.

٥- وكـذلك يجب لصـحتـهـا بيان مـقـدار ربح كل من المقارض ورب المال وأن يكون نسبة عشرية أو سهمًا من الربح جـميعـه لما علمت من أن المضـاربة مشـاركة في الربح، فيجـب لذلك أن تتحقق المشاركـة فيه وأن يبين نصيب كل منـهما منه، فلو جـعل الربح كله لرب المال وقـبل المضارب أن يعـمل فيـه بالمجـان لم يكن العقـد مضاربة. ولكن صار بضـاعة والعامل فيه مستـبضعًا - ولو جـعل الربح كله للعـامل ولا شيء لرب المال عـد العامل مقـترضًا، وكان مالكا لرأس المال بقبـضه وعليه أداء مثله إلى صاحبه.

وبناء على ما ذكر لا يصح أن يشترط لأحدهما دراهم معلومة معدودة من الربح على أي وضع قد يؤدى إلى عدم الاشتراك في الربح كأن يجعل ربح أحدهما مائة جنيه والباقي للآخر، أو يجعل له خمسين جنيهًا وربع الربح الباقي. فقد لا يزيد الربح على ما شرط لأحدهما من الجنيهات فيودي ذلك إلى قطع الشركة في الربح.

وعلى الجملة فكل شرط يقتضي جهالة الربح أو يفضي في بعض الأحيان إلى قطع الشركة فيه يفسد المضاربة. أما إذا لم يؤد إلى ذلك فإنه يصح متى لم يخالف مقتضاها. وعلى ذلك إذا شرط لأحدهما دراهم معدودة معلومة إن زاد الربح على مقدار كذا من الدراهم فإن ذلك شرط صحيح لا يؤثر في صحة المضاربة، وذلك كأن يشترط لرب المال نصف الربح وللعامل نصفه على أن يكون لرب المال قبل قسمة الربح منه ألف جنيه إن وصل الربح في السنة خمسة آلاف جنيه فإن هذا الشرط كما يرى لا يؤدي إلى قطع الشركة فيه، فإذا وصل الربح فيها خمسة آلاف جنيه. كان لرب المال ابتداء ألف جنيه والباقي مناصفة بينهما نص على ذلك بعض الفقهاء:

وإذا عقدا المضاربة على أن يكونا شركاء في الربح جازت، وكان الربح بينهما مناصفة لأن الشركة تقتضي المساواة - فقد قال تعالى: ﴿... فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ... (١٢)﴾[النساء] وأريد المساواة فيه.

أحوال الصيغة:

الأصل في العقود أن تكون منجزة عـدا الوصية والإيصاء، وعلى ذلك فالأصل في القراض أن تكون صيـغته منجزة يترتب عليها أثرها في الحـال عند تسليم رأس المال إلى العامل، ويصح أن تضاف إلى زمن مستقبل كـأن يقول صاحب المال قارض بهذا المال ابتداء من الشـهر الآتي، وأن تكون معلقة، كـما إذا قال له إذا جـاءك فلان بالدين الذي لي في ذمـته ومـقداره ألف جنيـه وسلمك إياه فقـارض به. وأن تكون مؤقتة بوقت كـما إذا حدد صاحب المال للمقـارض سنين معدودة تنتهي بانتهـائها المضاربة. وقد ذهب إلى ذلك كل من الزيدية والحنابلة وذلك بناء على أنها تتضـمن الوكالة. والـوكالة تقبـل الإضافة والتـعليق والتـوقيت (راجع النهاية جـ٥ ص ٢٢٣ والمنتـزع جـ٣ ص ٣٢٠ والكشاف جـ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها).

وذهب الشـافعـية والمالكية إلى أنه لا يجـوز إضـافـتها ولا تعليـقـهـا ولا توقـيتـهـا فـإذا أضـيـفت أو علـقت أو أقـتت فسـدت.

أما الحنفيـة فقد نصوا على جواز إضافـتها وذلك بناء على أنها لا تفـيد أثرها كله في الحال بل تعـتبر عـقداً مسـتـمراً من طبيعته الإضافة.

والظاهر أنه يجوز عندهم توقيتها أيضًـا لما فيها من التوكيل ولا يجوز تعليقها لما فيهـا من معنى التمليك، إذ إنها تفيد تمليك

جزء من الربح فكانت كالمساقاة والإجارة وكلاهما يفسده التعليق (راجع الخرشي ونهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٢٣ والدردير جـ٣ ص ٥٢١).

اقتران الصيغة بالشروط:

قد تكون صيغة المضاربة مطلقة غير مقترنة بشرط، وقد تقترن بشرط يشترطه رب رأس المال أو العامل، فإن كانت مطلقة فالأمر فيها ظاهر، وإن اقترنت بشرط وجب ألا يكون هذا الشرط مؤديًا إلى ما يخالف مقتضاها من الاشتراك في الربح، والتخلية بين العامل ورأس المال، وعدم التجهيل في ربح أحدهما واعتبار العامل أمينًا، وعدم التزامه بشيء من الخسارة أو التلف الذي لا بد له فيه، وعدم كفه عن التصرف المعتاد الذي يتطلبه عرف التجارة والتجار.

ويرى الحنفية أن اشتراط شرط فاسد في المضاربة لا يفسدها وإنما يفسد الشرط ويلغو وتصح المضاربة - إلا إذا كان شرطًا يؤدي إلى عدم توافر شرط من شروط صحتها فإنه يفسدها، كما إذا أدى إلى جهالة في الربح أو أدى إلى عدم كمال التسليم إلى المضارب. فلو شرط رب المال الوضعية على المضارب بطل الشرط وصحت المضاربة، ولو شرط الربح كله للمضارب خرج العقد عن أن يكون مضاربة وصار قرضًا، ولو شرط أن يكون الربح لرب رأس المال خرج العقد عن أن يكون مضاربة وصار بضاعة، ولو شرط رب المال العمل مع المضارب أخل ذلك بشرط من شروط صحتها فتفسد المضاربة. ولو شرط عليه رب المال أن

يعمل في بلدة كـذا أو في صنف كذا أو نحـو ذلك صح الشرط ولزم. فإذا خالف المضارب ضمن، لأن هذه شروط صحيحة لا تتنافى مع مـقتـضى العقد وإرادة الـتـوثق من عدم ضـياع رأس المال.

ولو شرط عليه ألا يبيع إلا لفـلان ولا يشتري إلا من فلان كان شرطًا مخـلا بمقتضى العقد عرفًا عند الشـافعي، وبه تفسد المضاربة خلافًا للحنفية إذ إنهم أجازوه.

والضابط في هذا عند الحنفية كـما جاء في الدر المختار أن المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضًا لأنه حـينئذ لا يملك رب المال عـزل المضارب حـينئذ فـلا يملك تخصيصه - أما التقييد بغيـر المفيد فلا يعتبر أصلا كنهيه عن بيع المال حــالا. وإذن يكون اشــتــراطـه لغـوًا (راجـع الدر جـ٤ ص٥٤٢).

وإذا قيده بما فيه غرض صـحيح فخالف كان ضامنًا وليس ذلك محل خلاف بين الفقهاء.

ويرى الشافـعيـة أن وظيفـة المضارب هو التـجارة في المال للاستـربـاح والتنمـية وذلك بالبيـع والشراء مما جرت الـعادة بأن يتولاه التجـار، وعلى ذلك فكل شرط يحول دون عمـله المعتاد المتعارف مفسد للقـراض عندهم كأن يشترط عليه أن يقارض في الغزل وينسجه ويبيعه أو في القماش على أن يفصله أثوابًا يبيعها أو على أن يشتري هـذه السلعة ويبيعهـا، أو على ألا يعامل إلا

فـلانًا أو على ألا يعـمل إلا في هذا الحـانوت، فاشـتـراط هذه الشروط وأمثالها يعد مفسدًا لعقد القراض عند الشافعية.

ومذهب المـالكية قريب مـن هذا، فقد نصـوا على أنه إذا اشترط رب المال على المقارض أن يتاجـر فيما يقل وجوده أو في سلعة فـلان أو على أن يعمل في السلع بيـده أو على ألا يعامل إلا فلانا فسد القراض.

حكم القراض:

يصير المقارض بالعقـد وكيلا عن رب رأس المال في العمل فيه اسـتثمارًا وتـنمية ويصيـر المال بتسليمه إليـه أمانة في يده لا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصـر في حفظه شأنه في ذلك شأن الوكيـل والأمين؛ ولذا يضمنه إذا توفي مـجهـلا له فيـؤخذ من تركته.

وإذا ظهـــر ربح كـان الربـح شـركـــة بين رب رأس المال والمضارب على ما اتفقا.

وإذا ظهـرت خسـارة كـانت في المال على رب رأس المال وحده. واحتسبت أولا من الربح إن كان في المال ربح.

وتصرف المضـارب فيها يـجب أن يكون على وفق تصرف الوكيل فيجب أن يكون على المعـروف وفي الحدود والقيود التي قيد بها. فيملك البيع والشـراء الصحيح منهما والفاسد لإطلاق الوكالة وإذا ظـهر ربح كان شـريكا فيـه حسب الشـرط على ما سيأتي بيانه.

والمضاربة عقد جائز عند جميع الفقهاء، فقد ذكر ابن رشد أن الفقهاء مجمعون على أنه عقد غير لازم وأن لكل من رب رأس المال والمضارب أن يستبد بفسخه ما لم يشرع العامل في العمل فإذا شرع في العمل اختلفوا.

فأما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن لكل من رب رأس المال والمضارب الفسخ بشرط أن يعلم صاحبه بذلك. إذ إنها تتضمن الوكالة ولا ينعزل الوكيل بعزل الموكل إلا إذا علم كما لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا إذا أعلن الموكل بذلك.

ولا تنتهي المضاربة بهذا إلا إذا كان رأس المال ناضًّا (أي نقودًا) حتى يتبين ما إذا كان هناك ربح مشترك بين المضارب ورب المال. فإذا لم يكن المال ناضًّا كان للمضارب عندئذ أن يقوم ببيع العروض بالدراهم والدنانير لينض رأس المال ويظهر الربح. ولا يملك رب المال عندئذ نهيه عن ذلك لما في ذلك من إبطال حقه (البدائع جـ٦ ص ١٠٩ وكشاف القناع جـ٢ ص ٢٦٩ ونهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٣٦ والدردير جـ٣ ص ٥٣٦).

وعلى ذلك يستمر في عمله إلى أن ينض رأس المال، فإذا نض لم يملك تحريكه بعد ذلك، وانتهت المقارضة.

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء من المذاهب الأربعة، غير أن المالكية ذهبوا إلى أنه يمتنع كذلك على رب المال فسخ المضاربة إن سافر العامل لأجل العمل في المال وكان تزوده من ماله ما لم يقم رب المال بتعويضه عن ذلك. فإن عوضه عن ذلك كان له

الفسخ كما يكون للمقارض الفسخ في هذه الحال دون أن يمنعه تزوده من ماله لتجاوزه بذلك عن حقه، فإن تزود من مال المضاربة امتنع على المقارض الفسخ وجاز لرب المال ما لم يطعن ويشرع في السفر، فإن شرع فيه لم يجز له منعه بل يلزمه إبقاء المال في يده إلى نضوضه.

وإذا قيدت المضاربة بوقت فهل يجوز فسخها قبل انتهاء وقتها؟ لم أر في ذلك نصًّا صريحًا. والظاهر أن الحكم لا يختلف في هذه الحال عنه عند إطلاقها على ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة - أما الشافعية والمالكية فقد تقدم أنهم لا يرون جواز توقيتها، وأنها إذا أوقتت بوقت كانت فاسدة.

ولما كان المقارض يعد وكيلا عن رب المال إذا تصرف فيه فإن ملك رأس المال يظل لصاحبه وإذا اشترى به المقارض كان ما يشتريه من السلع مملوكًا أيضًا لرب المال، وإذا ترتب على تصرفه دين لبائع كان المدين هو رب رأس المال لا المقارض. وذلك لا يمنع من مطالبة المقارض بالوفاء بحكم أنه المباشر للتصرف الملتزم بآثاره وتبعاته. وليس في هذا اختلاف لأن الوكالة في القراض أعم شمولا وإطلاقًا من الوكالة المجردة؛ ولذا يرى أن المضارب يملك بحكم وكالته كثيراً من التصرفات التي لا يملكها الوكيل بالبيع والشراء كما سيتضح ذلك فيما يتأتى:

تصرف رب المال في مال المضاربة:

وإذا تصرف رب المال في مال المضاربة فإن كان ذلك بإذن من المضارب إعانة له صح تصرفه ولم يؤثر ذلك في المضاربة.

أما إذا لم يأذنه المضارب فلا يجوز تصرفه عند المالكية نص على ذلك في الخرشي وذكره الدردير في شرحه وعلق عليه الدسوقي بأن تحريك رأس المال والعمل فيه من حق المضارب، ليصل بذلك إلى ما يرجوه من ربح، فلا يجوز منازعته في حقه، فإن فعل فللمضارب رده.

وفي رأيي أن هذا لا يتفق مع ما هو مقرر في الشريعة من أن إقامة وكيل في تصرف لا يسلب الموكل الحق في مباشرته. وبناء على هذه القاعدة إذا تصرف رب المال في مال المضاربة، نفذ تصرفه. فقد جاء في البدائع ما نصه: «قال أصحابنا إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو بأكثر جاز بيعه، وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجيز ذلك المضارب سواء أباع بما يتغابن فيه الناس أم لا. لأن جواز بيع رب المال من طريق الإعانة للمضارب وليس من الإعانة إدخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يتحمله قل أو كثر. ثم ذكر الكاساني أن المضارب لا يملك منع رب المال وهو المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه بناء على حق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح، ولكن يقال له إذا أردت ذلك فرد عليه ماله وربحه إن كان فيه ربح وعند ذلك يسلم لك المتاع (جـ٦ ص ١٠٠).

وبناء على ذلك يكون للمضارب الحق في معارضة رب المال والحيلولة بينه وبين انفاذ تصرفه، إذا رأى أن في ذلك ضرراً له، وذلك إنما يكون بعد أن يكون المضارب قد اشترى. برأس المال سلعًا يرى فيها ربحًا له، ووسيلته إلى ذلك يكون بأخذه

السلع لنفسه ورد رأس المال إلى صاحبه مع ما يظهر له من ربح إن كان.

التصرف مع رب المال:

علمنا أن المضارب وكيل عن رب المال في التصرف وأن الملك ثابت لرب المال وبناء على ذلك لا يجوز للمضارب أن يشتري سلعة بمال المضاربة من رب المال ولا أن يبيع منه سلعة لما في ذلك من المبادلة بين مالين لمالك واحد وهذا غير جائز. كما لا يجوز ذلك مع مضارب بمال آخر لرب المال نفسه للسبب عينه، ذهب إلى ذلك الحنابلة والشافعية.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز لرب المال أن يشتري من المضارب سلعة من سلع المضاربة بالنقد أو بالنسيئة، وذلك بشرط أن يكون قصده في ذلك صحيحًا، ويتحقق هذا بألا يكون قد قصد إلى أن يحصل على شيء من الربح قبل المفاصلة في القراض وألا يكون ذلك مشروطًا عند العقد.. أما شراء المقارض من رب المال سلعًا للقراض فغير جائز عندهم سواء أكان ذلك قبل العمل في رأس المال أم بعده.

ووجهه أنه يؤدي إلى القراض بالعروض لأن دفع الثمن إلى رب رأس المال يعد ردًا لبعض رأس المال إلى ربه، وينتهي الأمر بناء على ذلك بدفع المبيع إلى المقارض ليقارض فيه وهو عرض، والقراض بالعرض لا يجوز، وقد جاء في بعض كتب المالكية أن الحكم في ذلك الكراهة غير أن الكراهة في المعاملات معناها

عـدم الجـواز كـمـا نص علـى ذلك (الخـرشي جـ٥ ص ٢٤٦ والدردير جـ٣ ص ٥٢٩).

أما الحنفيـة فقد ذهبوا إلى أنه يجـوز لرب المال أن يشتري من المضارب وللمضـارب أن يشتري من رب المال، وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أبي حنيفة وصاحبيه.

وخالف في الأمرين زفر، فذهب إلى عدم الجواز بناء على أن هذا من قبيل المبادلة بين مالين لمالك واحـد، إذ المالان جميعًا لرب المال، وهذا لا يجوز. كما لا يجـوز مثل ذلك بين الوكيل والموكل.

ووجه قول أئمتنا أن لرب المال في مال المضاربة ملك الرقبة فقط لا مـلك التصرف وهو فـي حق التصرف كـالأجنبي، لأن التصرف للمضارب حـتى لا يملك رب المال منعه من التصرف ما دامت المضـاربة قائمـة، فكان مـال المضاربة في حق كل واحـد منهما كـمال الأجنبي؛ ولذا جاز الشراء بينهما ولهـذا لو اشترى المضارب دارًا بجوار عـقار لرب المال كان له شفعتـها لأن الشراء إن كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له. بدليل أنه لا يملك انتزاع الـدار من المضارب؛ ولذا جاز أخـذها بالشفـعة من المضـارب. ولو باع المضـارب دارًا من سلع المضـاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له. ذلك لأن المضارب وكيله في البيع والوكيل يبـيع الدار إذا باع لا يتـرتب عـلى بيـعه ثبـوت حق الشـفـعـة للموكل.

والفـرق بين هذه وسابقـتـها أن رب المال في هذه المسـألة يستطيع أن يمنع بيع الدار ذلك بأن يأمر المضارب بألا يبيعها، فإذا لم يمنع ذلك لم يكن له الأخذ بالشفعـة بخلاف المسألة السابقة، إذ لا يستطيع أخذ الدار من المضارب بدون الشفعة.

ولو باع رب المال دارًا لنفسه والمضـارب شفـيعـها بعـقار للمضاربة فإن كان في يده من مال المضاربة ما يفي بثمن الدار لم تجب الشفعة لأنه لو أخذ بهـا لوقع ذلك لرب المال، والشفعة لا تجب لبائع الدار. وإن لم يكن في يده وفاء فإن لم يكن في الدار ربح فـلا شفـعة أيضًـا لأنها سـتكون لرب المال وهو البـائع في الحقـيقة. وإن كان في المضـاربة ربح كان للمضـارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه. لأن له نصيبًا في العقار المشفوع به، فيستطيع أن يأخذها بالشفعة بسببه لنفسه خاصة.

ولو أن أجنبيًّا اشترى دارًا بجوار دار المضاربة فإن كان في يد المضارب وفاء بالثـمن فله أن يأخذها بالشفعـة للمضاربة وإن سلم الشـفعـة بطلت، وليس لرب المال أن يطلبهـا لنفـسه لأن الشـفعـة وجبت بمال المضـاربة، وملك التصـرف في ذلك المال للمضارب، فـإذا سلم جاز تسليمه على نـفسه وعلى رب المال. وإن لم يكن في يده وفـاء فـإن كـان في الدار ربح فـالشفـعـة للمضـارب ولرب المال جمـيعًا، فـإن سلم أحدهمـا فللآخر أن يأخـذها كلها لنفـسه بالشـفعـة، كدار بين اثنين وجـبت لهـما شفعتها. وإن لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة إذ

لا نصيب للمضارب في مال المضاربة، فلم يكن له نصيب في العقار المشفوع لأنه من مال المضاربة.

ما يملكه المضارب من التصرف:

ذكرنا أن المضارب وكيل عن رب المال إذا تصرف في مال المضاربة وأن عمله هو التجارة في رأس المال وعلى ذلك يكون له من التصرفات في رأس المال ما تتطلبه التجارة فيها عرفًا، وتتقيد مع ذلك بما يقيده به رب المال وعلى الجملة فتصرفه يكون على ثلاثة أنواع:

١- نوع يملكه عرفا بمقتضى عقد المضاربة وهو جميع ما تتناوله أعمال التجارة عادة، فيملك البيع والشراء ويملك التوكيل فيهما وإن لم يؤذن بذلك صراحة، بخلاف الوكيل لأن العمل في التجارة يقتضي ذلك والوكالة في المضاربة أعم. ويجب أن يكون شراؤه على المعروف فلا يتجاوز ما يتغابن فيه الناس عادة لأنه وكيل، وشراء الوكيل يقع على المعروف المعتاد، فإن اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة، أما بيعه فعلى الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في التوكيل بمطلق البيع فيملك أن يبيع نقدًا ونسيئة، وإلى ذلك ذهب الحنابلة، وبغبن فاحش عند الإمام كالوكيل بل المضارب أولى، لأن المضاربة أعم من الوكالة، وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة وإليه ذهب الشافعية والمالكية ولا بما يتغابن الناس في مثله، وله أن

يدفع المال بضاعــة لأنه يملك الاستئجــار فكان الإبضاع أولى بالجــواز لأنه عــمل بالمجــان، وله الإيداع وله أن يستأجــر من يعمل في المال ويستأجــر البيوت والدواب والســفن للحاجــة إلى ذلك وله أن يرهن ويرتهن، وله تأخير أداء الثمن إذا باع حــالا لأن ذلك من عادة التجار وله أن يحيل، وأن يقبل الحوالة وأن يسافر بالمال، وقال الشافــعي لا يسافر بــه إلا بإذن رب المال، وله أن يأخذ بالشفعة. ويرى الحنابلة أنه يجب عليــه أن يبيع ويشتري بثمن المثل وإلا كان ضامنا للفــرق كما في كشاف القناع جـ٣ ص ٢٦٣.

وإذ دفع رب المال رأس المال إلى رجلين ليضــاربا فيه فليس لأحدهمــا أن ينفرد بالتــصرف بغيــر إذن صاحــبه لأنه إنما رضي برأيهما مجتمعين فصــارا كالوكيلين. وإذا أذن لهما بالانفراد كان لكل منهمــا ذلك. وليس للمضارب أن يضــارب لآخر في رأس مال آخــر إذا كان ذلك يضر برب المال الأول بأن كــانت المضاربة الثانيــة تشغله كل الوقت فــلا يبقى للأولى الوقت المعــتاد اللازم لهــا. ذهب إلى ذلك الحنابلة والمالكيــة، إلا أن يكون ذلك بإذن رب المال الأول «جـ٣ ص ٢٦٤ كشاف القناع والدردير جـ٣ ص ٥٣٠».

٢- ونوع لا يملكه إلا إذا فــوض إليه الــعمل في المضــاربة برأيه فقــال له اعمل فــيهــا برأيك أو كمــا ترى أو نحو ذلك، وهو ما يحتمل أن يلحق بأعمال التجارة كإعطاء

مال المضاربة لشخص آخر يضارب فيه، أو جعله رأس مال لشركة عنان فإذا أعطاه مضاربة في هذه الحال صح ذلك وكان لرب المال ربحه على حسب شرطه في عقد المضاربة الأولى، وما يبقى من الربح بعد ذلك يكون بين المضارب الأول والثاني على حسب شرطهما في عقد المضاربة الثاني، إذ لا يستطيع المضارب الأول أن ينقص نصيب رب المال من الربح، فإذا كان في العقد الأول مناصفة، وكان كذلك في العقد الثاني لم يكن للمضارب الأول شيء وكان النصف لرب المال والنصف للمضارب الثاني. وإذا كان الشرط في العقد الثاني أن يكون للمضارب الثاني الثلث كان السدس للمضارب الأول في هذه الحال وهكذا.

وكذلك يكون الحكم فيما إذا شارك المضارب الأول غيره في رأس المال فيكون لرب المال ما شرطه لنفسه من الربح أولا وما بقي يكون مشتركًا بين المضارب الأول وشريكه على الشرط. هذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية «الخرشي جـ٥ ص ٢٤٧» غير أنهم لا يجعلون للعامل الأول نصيبًا في الربح إلا بالعمل.

وذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز للعامل أن يقارض آخر ليشاركه في العمل والربح في الأصح، ولو كان ذلك بإذن رب المال لأن القراض على خلاف القياس وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكا لا عمل له والآخر عاملا ولو متعددًا لا ملك له، فلا يعدل عن ذلك إلى أن يعقده عاملان مع أنفسهما، ومحل

المنع إنما هو بالنسبة إلى العامل الثاني، أما الأول فالقراض باق في حقه فإن تصرف الثاني فله أجر مثله والربح كله لرب المال ولا شيء للعامل الأول إذ لم يعمل شيئًا.

والقول الثاني جواز ذلك كما يجوز لرب المال أن يقارض شخصين ابتداء، أما إذا فعل ذلك بغير إذن رب المال فإن عمله يكون فاسدًا مطلقًا سواء أقصد المشاركة في عمل أو في ربح لأن رب المال لم يرض لأن يعمل في المال غيره.

وللمضارب عند الإذن أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه ويعمل في المالين فإذا ربح قسم الربح على المالين فيكون له ربح ماله خاصة ويكون ربح مال رب المال على الشرط. ذهب إلى ذلك الحنفية.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز لرب المال أن يدفع إلى المقارض مبلغين في وقت واحد ليعمل في كل مبلغ على حدة سواء أكان شرط الاشتراك في الربح واحدًا فيهما أم مختلفًا، بل وسواء أكان ربح أحدهما لرب المال وربح الآخر للمقارض إذ اشترط رب المال خلط المالين عند دفعهما والعقد عليهما، إذ بذلك ينتهي الأمر إلى قراض واحد. فإن لم يشترط الخلط في العقد جاز القراض في المبلغين عند اتحاد شرط الاشتراك في الربح، ولم يجز عند اختلاف الشرط لوجود التهمة اللاحقة بالمقارض وهو أن يعمل فيما جعل له فيه ربح أكثر ويهمل العمل في الثاني.

فإن كان العقد عليهما في وقتين متعاقبين وكان بذلك قبل العمل في المال الأول صح إن شرط الخلط لانتهاء الأمر إلى قراض واحد أيضا. فإذا لم يشترط الخلط عند العقد الثاني لم يجز القراض الثاني إذا كان شرط الاشتراك في الربح مخالفاً للأول للسبب السابق وهو احتمال إهمال العمل في أحد القراضين.

أما لو كان الدفع بعد العمل في الأول فإن القراض الثاني يجوز بشرط عدم الخلط، إذ يكون كل منهما قراضًا مستقلا فلا يجبر ربح أحدهما خسارة الآخر.

أما عند اشتراط الخلط فلا يجوز القراض الثاني إذ قد يخسر فيه فيلتزم أن يجبر بربح الأول وهما عقدان مختلفان.

وإذا كان العقد الثاني بعد أن نض المال في الأول جاز لأنه يجوز أن يضيف إلى ذلك المال الناض مالا ليكون الجميع رأس قراض جديد بشروط جديدة.

أما خلط مال القراض بماله أو بمال قراض لشخص آخر فيجوز إذا كان قبل العمل في أحدهما وكان ذلك بإذن من رب المال، بل قد يجب ذلك على المقارض إن خاف من تقديم العمل في أحدهما ضرراً بالآخر. بأن كان يؤثر في السوق رخصًا مثلا (الخرشي جـ٥ ص ٢٤٥ والدردير جـ٣ ص ٥٢٢).

وذهب الحنابلة إلى أن المقارض إذا أخذ مبلغين من رب المال في وقتين متعاقبين بعقدين مختلفين لم يخلطهما بغير إذنه

لأنه أفرد كل مبلغ بعقد فلا يجوز أن تجبر الوضيعة في أحدهما بربح الآخر، أما إذا أذن له في ذلك وكان ذلك قبل التصرف في المال الأول فإنه يجوز حينئذ خلط المالين والعمل فيهما جميعًا. وإن أذن بذلك بعد النضوض في الأول جاز أيضًا وصار المالان رأس مال لقراض واحد. أما إذا كان ذلك قبل أن ينض رأس مال الأول وكان بعد العمل فيه فلا يجوز الخلط ولو مع إذن رب المال لأن حكم العقد الأول قد استقر فكان ربحه ووضيعته مختصين به - وعندئذ يكون اشتراط الضم مفسدًا للعقد الثاني (كشاف القناع جـ٢ ص ٢٦٥).

والاستدانة للقراض لا تجوز عند الحنفية إلا بإذن من رب المال أو بتفويض الأمر إليه وإلى ذلك ذهب الحنابلة. وقد جاء في البدائع أن رب المال إذا أذن المضارب في أن يستدين للمضاربة جاز ذلك.

وإذا اشترى المضارب بالنسيئة ولم يكن لديه من مال المضاربة ما يفي بالثمن من جنسه وكان مأذونًا في ذلك جاز شراؤه وكان ما يشتريه بهذا الدين شركة بين رب المال والمقارض شركة وجوه لكل منهما نصفه إن لم يشترطا في ذلك شرطًا آخر، لأنه لا يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة لأن المضاربة لا تجوز إلا في مال عين فلذلك يجعل المشتري شركة وجوه بينهما لأن مطلق الشركة يقتضي التساوي في المال المشترك، وعندئذ لا يكون لشرط الربح في المضاربة أثر في ذلك. هذا ولا يصح أن ينضم المشتري إلى مال المضاربة لعدم

تناول عقد المضاربة له وعلى ذلك يكون ثمن المشتري دينًا عليهما بالسوية لا صلة له بالمضاربة «بدائع جـ٦ ص ٩٢».

وذهب الشافعية إلى أن المقارض لا يجوز له أن يشتري سلعًا للقراض بأكثر من رأس المال والربح إلا بإذن من رب المال لأن في ذلك استدانة على مال القراض وذلك غير جائز إلا بإذن من رب المال، وبمقتضى هذا أنه لا يجوز له أن يشتري نسيئة بمثل مال القراض وبأكثر منه إلا بإذن منه ويكون ما يشتريه عند الإذن للقراض خلافًا للحنفية كما يجوز له أن يشتري بالأجل إذا كان في يده من مال القراض ما يفي بالثمن ولو من غير إذن رب القراض إذ لا يعد ذلك من قبيل الاستدانة لإمكان الوفاء في الحال. (نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٣١).

ويرى المالكية أنه لا يجوز للمضارب أن يشتري سلعًا بالدين وإن أذن له رب المال بذلك، فإن فعل ضمن ما اشتراه. وكان ربحه له خاصة كما لا يجوز له أن يشتري له بأكثر من مال القراض نقداً أو إلى أجل. فإن فعل كان ما يشتريه شركة بينه وبين رب المال بنسبة ما لكل فيه أي أنه يكون للمقارض بنسبة ما زاد على مال القراض وهذا إذا لم يرض رب المال. أما إذا رضي بتصرفه هذا جاز على القراض ودفع له رب المال ثمن ما اشتراه ويكون ذلك قراضًا. (الدردير جـ٣ ص ٥٢٩).

ويرى الحنابلة أن تصرف المقارض كتصرف الشريك في شركة العنان ولهذا لا يجوز له أن يستدين للقراض لأنه يدخل في رأس المال الذي ثم الاتفاق عليه زيادة لم يتناولها العقد، فإن

فعل كان ما يشتريه له، وكان ربحه وخسارته له، كما لا يجوز له أن يشتري بأكثر من مال القراض أو بثمن ليس معه من جنسه إلا في النقدين لأنهما في حكم جنس واحد فإن فعل فهو له وعليه ضمانه، وله ربحه، وهذا كله إذا لم يأذن له رب المال في ذلك، فإن إذن له في ذلك، أو قال له اعمل برأيك فإن تصرفه يجوز عند ذلك (كشاف القناع جـ٤ ص ٢٥٦).

ونتيجة هذه الأقوال أن ذلك جائز بالإذن عند الحنابلة والمالكية والشافعية وكان ما يشتريه قراضًا عند ذلك، خلافًا للحنفية إذ جعلوه شركة وجوه عند الإذن على ما مر.

٣- ونوع لا يملكه المضارب إلا بالنص عليه صريحًا كالتبرعات مثل الهبة والمحاباة في البيع والشراء بما لا يتغابن به التجار، والإقراض والشراء بالأجل عند بعض الفقهاء، والشراء بأكثر من رأس المال والربح عند أكثر الفقهاء على ما بينا لأن ذلك ليس من أعمال التجارة أو لا يتناوله التوكيل ولا التفويض، لأن التفويض إذا كان فإنما هو في أعمال التجارة لا في غيرها.

وكذلك لا يجوز له الاستدانة على مال القراض فإن فعل شيئًا من ذلك كان مخالفًا وكان ضامنًا حتى لو اشترى بأكثر من مال المضاربة له خاصة وكما لا يجوز له الاستدانة للشراء لا يجوز له كذلك للإدارة والإصلاح لأن كل كذلك زيادة في رأس المال غير جائزة.

الربح والوضيعة في المضاربة:

المضاربة عقد على الشركة في الربح، على أن يكون العمل على المضارب فرب المال فيها يستحق الربح بماله والمضارب يستحق الربح فيها بعمله، وبناء على ذلك يكون الربح مشتركًا بينهما على شرطهما الذي يتم الاتفاق عليه. ويجب فيها أن يكون نصيب كل منهما في الربح حصة شائعة منه حتى يتحقق الاشتراك في الربح. فتفسد المضاربة إذا جعل لأحدهما مبلغ معين من النقود على أي وضع إلا إذا شرط في ذلك أن يكون في الربح زيادة عليه مشتركة كأن يجعل لأحدهما ١٠٠ جنيه في السنة، إذا وصل الربح ألف جنيه، وما بقى فهو بينهما مناصفة أو مثالثة أو نحو ذلك، إذ مع هذا الشرط يتحقق الاشتراك في الربح.

أما الخسارة أو الوضيعة كما يعبر بعض الفقهاء فهي نقص في رأس المال المملوك لرب المال، وعلى ذلك فهي تحدث على ضمانه لأن هلاك أي مال أو نقصه على صاحبه إذا لم يستتبع ذلك ضمان غيره بسبب تعديه.

وبناء على ذلك فلا يجوز اشتراط يقضي بالاشتراك في الوضيعة بين رب المال والعامل، وإذا تضمن العقد شرطًا كهذا كان شرطًا فاسدًا لا تأثير له في صحة العقد عند الحنفية، وفسد به العقد عند غيرهم كالشافعية.

وإذا كان عقد المضاربة عقدًا على الاشتراك في الربح كما قلنا، فإن الشركة لا تتحقق إلا بظهوره وثبوت ملك العامل

لحصتــه منه. وقد ذهب الحنفيــة والمالكية والشافعــية إلى أن ربح المضاربة لا يظهــر إلا بقسمة المال بين رب المال والعــامل وقبض رب المال لرأس ماله كاملا، فــإذا تحقق ذلك ثبت ملك المضارب لحصته مستقرًا لازمًا. (راجع البدائع جـ٦ ص ١٠٢).

ويرى الحنابلة والزيدية أن العــامل يملك حصــته من الربح بظهوره ولو لم يقسم المال، ولكنه ملك غير مــستقر، ولا يستقر إلا بالقسمة عند الحنابلة والزيدية. وألحق الحنابلة المحــاسبة التامة بين العامل ورب المال بالقسمة في استقرار الملك بها..

ووجه ذلك أن الربح مال مملوك قطعًا وليس ملكا كله لرب المال فوجب أن يكون مــا جعل للمضــارب بالشرط ملكا له وإلا كــان سائبــة ولذا كــان له حق المطالبــة بالقــسمــة ولا يكون إلا للمالك. ويســتقر بالمـقاسمــة أو بالمحاسبــة، وعلى القول الأول يكون للمضــارب قبل ثبوت ملكه لحظه حق مــؤكد فيــه بظهور الربح فيورث عنه لذلك ويتقدم به على غرماء رب المال، ويغرمه المالك بإقدامه على إتلاف المال وربحه.

وبناء على مــا ذهب إليــه الحنفــية وغــيــرهم من المالكيــة والشافعية والحنابلة والزيدية، يجب أن يسلم لرب المال أولا رأس ماله، وما زاد على ذلك فهو ربحه ويكون بين العامل ورب المال على الشرط، وعلى ذلك فمــا يحدث في رأس المال من تلف لا يد للمضارب فيه كأن حدث بآفة سماوية أو خسارة بسبب العمل فيه وهو في يد المضارب بعد ابتداء العمل فيه يجبر بالربح بحيث لا يكون ربح إلا بعد كمال رأس المال كما كان.

أما ما يحدث باعتداء يستوجب الضمان فلا يجبر بالربح.

وما يفوت من رأس المال قبل العمل فيه بسبب تلف أو ضياع تفسد فيه المضاربة لهلاكه قبل تمام العقد ولا يجبر بالربح ويكون الباقي هو رأس مال المضاربة. ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة.

وذهب الشافعية إلى أن النقص الذي يحدث في مال المضاربة بتغير الأسعار أو بعيب أو بآفة سماوية أو بغصب أو بسرقة مع تعذر أخذ الضمان بعد تصرف العامل يجبر بالربح في الأصح. أما ما يحدث قبله فلا يجبر به. وقيل إنما يجبر بالربح ما كان نتيجة لتصرف العامل في المال فقط.

وذهب المالكية إلى أن ما يصيب رأس المال من تلف أو نقص متى كان في يد المضاربة قبل العمل في رأس المال أو بعده يجبر بالربح.

وذهب الزيدية إلى أن هذه المسألة لها ثلاث صور هي:

الأولى- أن يحصل ربح وخسران قبل قبض رأس المال وقبل قسمة الربح وفي هذه الحال يجبر الخسران بالربح اتفاقًا.

الثانية- أن يحدث ربح فيقسم الربح ويتسلم رب المال رأس ماله ثم يرده إلى العامل ليعمل فيه مضاربة بعقد جديد فيصيبه التلف أو الخسران وفي هذه

الحال لا يجبر هذا النقص بما قسم من الربح قبل ذلك اتفاقًا.

الثالثة- أن يظهر ربح فيقسم ويبقى رأس المال مع العامل ليتجر فيه ثم يحدث له بعد ذلك تلف أو خسران وهذه محل الخلاف. فظاهر قول الناصر من الزيدية أنه لا جبر وأنه بقسمة الربح قد استقر ملك كل من رب المال والمضارب فيما وصل إليه منه - وقال أبو علي: بل تعتبر المضاربة مستمرة، ويجبر هذا النقص بالربح فيسترد من العامل ما أخذ من الربح جبرًا للنقص، ويحتسب ما أخذه رب المال من رأس المال وإلى هذا ذهب الأئمة الأربعة. ذلك لأن استقرار ملك العامل عندهم جميعًا لا يكون إلا بقبض رأس المال جميعه، وزاد الحنابلة المحاسبة النهائية على ما تقدم بيانه (راجع نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٣٦ والبدائع جـ٦ ص ١٠٧ والمنتزع جـ٣ ص ٣٢٧ والدردير جـ٣ ص ٥٣٠ وكشاف القناع جـ٢ ص ٢٦٩).

وبناء على ما تقدم إذا هلك من رأس المال شيء بلا تعد وهو في يد المضارب بعد العمل فيه - أو قبله عند المالكية احتسب ذلك من الربح فإن لم يف الربح بذلك احتسب الزائد من رأس المال ولا ضمان على المضارب لأنه أمين، لا فرق في ذلك بين ربح قد قسم وقبض وربح لم يقبض، فيرد ما قبضه

العامل من الربح جبراً لما حدث من نقص ويحتسب ما قبضه رب المال من رأس المال. وهكذا إلى أن يسلم لرب المال رأس ماله ويكون ما بقي بعد ذلك هو الربح الذي يقسم بين رب المال والعامل على الشرط، وإذن فلا يستقر ملك الربح إلا بقبض رب المال رأس ماله كاملا وانفساخ المضاربة بذلك، فإذا حدث ذلك أو تمت المحاسبة النهائية بينهما وفسخا المضاربة عندها على رأي الحنابلة سلم للمضارب ما أخذ من الربح ولم يسترد منه شيء بعد ذلك.

ويرى الحنابلة أن رب المال والمضارب إذا اتفقا على قسمة الربح على أن يأخذ كل منهما قدراً معلوما جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما.

أما الوضيعة فهي في جميع الأحوال على رأس المال، لا يسأل عنها المضارب إلا إذا كانت نتيجة تعديه أو تقصيره لأنه أمين ولا ضمان على الأمين إلا بالتعدي أو التقصير، وقد علمت مما تقدم متى تجبر بالربح ومتى لا تجبر به والخلاف في ذلك.

نفقة المضارب:

وإذا خرج المضارب من البلد الذي عقد فيه المضاربة وقبض رأس المال للتجارة فيه وجبت له النفقة فيه عند الحنفية والمالكية والزيدية سواء أكان خروجه يعد سفراً طويلا أم لا، ولا تسقط نفقته إلا إذا خرج فأقام في بلده الأصلي واتجر فيه أو خرج إلى

بلد آخر اتخذه محلا لإقامته نهائيا، وله الرجوع في مال المضاربة إذا أنفق من ماله ما لم يهلك رأس المال، فإذا هلك فلا رجوع له على رب المال بشيء لأن نفقته واجبة في مال المضاربة لا في ذمة رب المال، وينفق على نفسه بالمعروف بلا إسراف ولا تقتير في جميع ما يعد نفقة عرفًا، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا تجب نفقته في مال المضاربة حضرًا ولا سفرًا إلا بالشرط، اكتفاءً بما سيصيبه من الربح (البدائع جـ٦ ص ١٠٥ والدردير جـ٣ ص ٥٣١ والمنتزع جـ٥ ص ٣٣٣ وكشاف القناع جـ٢ ص ٢٦٥ ونهاية المحتاج جـ٥ ٢٣٣).

شركة الأموال في التشريع الوضعي - موازنة بينهما وبين الشركة في الفقه الإسلامي:

ذكرنا فيما سبق ما انتهى إليه شرع الشركة في المال وإرساء قواعدها وأناظيمها وأوضاعها في الفقه الإسلامي، وكانت النتيجة أن الوضع فيها عند فقهاء المسلمين قد انتهى إلى نوعين من الشركة في الحقيقة:

الأول - شركة يساهم في رأس مالها جميع الشركاء، ولهم جميعًا حق العمل في رأس المال والتصرف فيه.

الثاني - شركة لا يكون لبعض من ساهم في المال حق العمل فيه بل يكون العمل لغيره سواء أكان هذا الغير قد ساهم في رأس المال أم لم يساهم. وقد ذكرنا أنه إذا ساهم كان عمله في حصته عملاً في

ماله، له ربحه وعليه وضيعته، وأن موضوع الشركة في واقع الأمر ما دفعه غير العامل. وذكرنا أن النوع الأول يسمى عند أكثر الفقهاء شركة عنان، وأن النوع الثاني يسمى شركة مضاربة أو قراضًا، وعلى ضوء هذا البيان وما سبقه نذكر أوضاع الشركات في التشريع الوضعي:

يرى التشريع الوضعي قسمة الشركات ابتداء قسمين:

١- شركات مدنية. ٢- شركات تجارية.

فالشركات المدنية هي التي تنشأ لتحقيق أغراض تعود على الشركاء بالربح المادي، ولكن بمشروعات لا تدخل في نطاق أعمال التجارة وهي الأعمال التي عددتها المادة الثانية من التقنين التجاري على سبيل الحصر، وأهمها شراء البضائع والسلع لأجل بيعها، أو تأجيرها، وعقود المقاولات المتعلقة بالمصنوعات والتجارة والنقل البري والبحري وعقود التوريد ومعاملات المصارف والأعمال المتعلقة بالكمبيالات والسندات والصرافة والسمسرة والمقاولات المتعلقة بالسفن من إنشاء أو شراء أو بيع أو إيجار أو إقراض أو تأمين أو استخدام للبحريين.

فإذا خرج عمل الشركة عن هذه الأعمال كانت شركة مدنية وإلا كانت تجارية، ومن ثم تكون الشركات التي تقوم بشراء الأراضي وبيعها أو استغلالها أو ببناء الدور وبيعها أو استغلالها شركات مدنية.

على أن تحديد أعمال الشركات التجارية بأعمال خاصة لا يعني في الواقع تحديداً واضح المعالم والحدود، ومن ثم كانت الحدود الفاصلة بين هذين النوعين من الشركات حدوداً دقيقة كثيراً ما اختلفت فيها المحاكم وتعارضت فيها الآراء عند التطبيق.

وللتفرقة بين هذين النوعين من الشركات في التشريع الوضعي أهمية كبرى إذ يترتب عليها خصائص أهمها:

١- أن الشركات التجارية ملزمة بإمساك الدفاتر المنصوص عليها في القانون التجاري، بينما لا تلزم الشركات المدنية بإمساك هذه الدفاتر.

٢- أن الشركات التجارية يجوز شهر إفلاسها، ولكن الشركات المدنية لا يجوز شهر إفلاسها.

٣- أن الشركات التجارية تخضع في معاملاتها ومنازعاتها لأحكام القانون التجاري، بينما تخضع الشركات المدنية لأحكام القانون المدني.

٤- أن الشركات التجارية يجب شهرها بالطرق التي نص عليها القانون وفي المواعيد التي قررها لذلك - أما الشركات المدنية فلا تخضع لهذا الشهر، ويستثنى من ذلك وسائل الشهر التي ورد ذكرها في القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٤، إذ تسري على كل شركات المساهمة

والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة دون تفرقة بين أن تكون مدنية أو تجارية.

والفقه الإسلامي لا يعرف هذه القسمة ولا يفرق بين شركات مدنية وأخرى تجارية، والاصطلاح الشرعي يقضي بأن أعمال الشركات أعمال تتناولها التجارة، إذ التجارة في عرف الشريعة عبارة عن البيع والشراء والمبادلة لاستجلاب الربح في أي عمل من الأعمال.

وتتكون الشركة على العموم سواء أكانت مدنية أو تجارية بناء على عقد يتم بين الشركاء على الأوضاع والشروط التي يشترطها القانون في تكوينها ووجودها قانونا مع مراعاة ما فرضه القانون لاعتبارها قائمة موجودة بين الشركاء فيما بينهم وبين أنفسهم، وما فرضه القانون لاعتبارها موجودة بالنسبة لغير شركائها ممن يتعاملون معها.

وقد عرفها القانون المدني بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة «المادة ٥٠٥ مدني» وتنص المادة ٥٠٦ على أن الشركة بمجرد تكوينها تعتبر شخصًا اعتباريًّا، لكن ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون. ومع ذلك فللغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها.

هذا، وليس من مهمتنا دراسة الشركات من الناحية القانونية وإنما نريد أن نبين أنواع هذه الشركات، وهل تتلاقى مع شركة القراض أو شركة العنان من ناحية الوضع أو تتنافى أوضاعها إلى درجة تعد معها الشركات القانونية ذات أوضاع لا تتفق مع الأساس الفقهي للشركات.

الشركات القانونية:

أهم هذه الشركات هي الشركات التجارية وتنقسم قسمين:

١- شركات أشخاص.

٢- شركات أموال.

ويراد بشركات الأشخاص الشركات التي يقوم كيانها على أشخاص الشركاء فيها ولشخصيتهم في وجودها اعتبار، بمعنى أن الشركة إنما تكونت بين أشخاص يعرف بعضهم بعضًا ويثق كل منهم في الآخر، فتقوم الشركة على هذا الاعتبار الشخصي.

ويراد بشركات الأموال مالا يكون للشريك فيها وشخصيته أي اعتبار بل يكون قيامها على المال فقط، فتطرح أموالها (أسهمها) على الجمهور، ويستطيع أن يحصل عليها كل من يقدر على دفع قيمتها، فيكون اهتمام الشركة موجهًا إلى جمع رأس المال اللازم لها دون بحث في شخصية الشركاء. وتتناول شركات الأشخاص شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة وشركات المحاصة.

أما شركات الأموال فهي شركات المساهمة.

شركة التضامن:

عرفتها المادة ٢٠ من القانون التجاري بأنها شركة يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشركة بينهم بعنوان مخصوص يكون اسمًا لها، ويحدد لهذا النوع من الشركة رأس مال يساهم فيه الشركاء بحسب ما يتم الاتفاق عليه فيما بينهم، ويكون توزيع الأرباح والخسائر بينهم على حسب ما يتم عليه الاتفاق بينهم على أن يكونوا جميعًا شركاء في ذلك. وتتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد وجودها، ويكون لها ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء، وينتقل إليها ملكية رأس المال بمجرد عقدها عند توافر الشروط القانونية التي اشترطها القانون في ذلك. غير أنه يلاحظ مع ذلك أن الشريك المتضامن يعد مسئولا عن ديون الشركة، في أمواله الخاصة كما لو كانت ديونا شخصية، وذلك إذا لم تف أموال الشركة بديونها، ومسئولية كل شريك تكون بنسبة نصيبه في الخسائر «المادة ٥٢٣ مدني..».

ولما كان لهذه الشركة ذمة منفصلة وشخصية اعتبارية مستقلة كان من اللازم أن يكون للشركة من الأشخاص الطبيعيين من يمثلها، كما أفصحت عن ذلك المادة ٥٣ مدني، وعلى ذلك إذا تم الاتفاق على أن يكون العمل عليه في المال وحده، أو بمن يستعين بهم كان عمله في مال الشركاء الآخرين مقارضة أو مضاربة، وكان هذا النوع من الشركة مندرجًا فيما شرحناه فيما سبق حيث يكون المال من الجميع والعمل من بعضهم، أما إذا عين الشركاء للشركة مديرًا أجنبيًا يقوم بجميع أعمالها كان هذا

النوع مقارضة من جميع الوجوه، وإن اختلفت الأحكام تبعًا لاختلاف القواعد بين الشريعة والقانون.

شركة التوصية البسيطة:

عرفتها المادة ٢٣ تجاري، بأنها شركة تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين أو متضامنين، وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال وخارجين عن الإدارة، ويسمون موصين، وعلى ذلك فهي تضم طائفتين من الشركاء. الطائفة الأولى - الشركاء المتضامنون وهم المسئولون عن تعهدات الشركة والتزاماتها بصفة شخصية. وعلى وجه التضامن. والطائفة الثانية - الشركاء الموصون وتنحصر مسئولية كل منهم في الحصة التي يقدمها من المال فلا تتخطاها إلى أمواله الخاصة.

ومن هذا يرى أن العمل في أموال الموصين يعد من قبيل المقارضة لأنه عمل في مال الغير - أما العمل في أموال الطائفة الأولى فقد أوضحنا نوعه فيما ذكرنا آنفًا عند شرحنا لشركة التضامن، لأن الوضع في المالين واحد. هذا، وقد تكون حصص الشركاء الموصين في رأس مال الشركة أسهمًا، وعندئذ تسمى شركة توصية بالأسهم.

شركة المحاصة:

شركة تعقد بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو سلسلة من الأعمال يؤديها أحد الشركاء باسمه أو يشترك في القيام بها الشركاء جميعًا على حسب اتفاقهم على أن يقسم الربح والخسارة بين جميع الشركاء.

وينتشر هذا النوع من الشركات في أعمال التجارة ولكنه بسبب استتاره الناشئ عن عدم الشهر، كان من العسير حصر عدده وبيان الوضع الذي يقوم عليه.

وقد أفصحت المادة ٦٢ تجاري عن وضع هذا النوع بقولها أن الحقوق والواجبات التي لبعض الشركاء على بعض في هذا النوع من الشركات تكون قاصرة على قسمة الأرباح أو الخسائر التي تنشأ عن أعمال الشركة سواء أحصلت منهم منفردين أم مجتمعين على حسب شروطهم، ومن أمثلة هذا النوع اتفاق الشركاء على شراء مخلفات جيش، ثم بيعها، وقسمة الأرباح والخسائر بينهم أو الاتفاق على إخراج كتاب وطبعه، ثم بيعه وهكذا.

وليس لهذا النوع من الشركات ذمة ولا شخصية اعتبارية، ووجودها قاصر عليهم فيما بينهم، وتتميز بصفة الاستتار وعدم الظهور، باعتبارها كائنًا له شخصيته. وإذا أظهرها أصحابها بأن أتوا فعلا ينبئ عن وجودها كما إذا اتخذوا عنوانًا لها زالت عنها صفتها واعتبرت شركة تضامن فعلية.

وهي كغيرها من الشركات يجب أن يقدم كل شريك فيها حصة من رأس المال. وأن تتوافر في الشركاء نية المشاركة، وتجب المساهمة في الربح والخسارة، ويسأل كل شريك فيها عن تصرفه دون باقي الشركاء. وفيها قد يحتفظ كل شريك بملكية الحصة التي يتعهد بها، وعندئذ لا يخلو الحال، أما أن يقوم كل شريك من جهته باستثمار حصته في حدود الغرض الذي من

أجله ألفت الشركة، ثم تقسم الأرباح والخسائر الناتجة من عمل كل شريك في ماله بعد ذلك وعندئذ لا تكون شركة في الواقع وليست إلا عملية حسابية دعا إليها التعاون بين الشركاء في هذا العمل. ولا تدخل حينئذ في نوع من أنواع الشركات الشرعية.

وأما أن تسلم الحصص لأحد الشركاء لاستثمارها مع احتفاظ كل شريك بملكيته لحصته وعندئذ يكون هذا الشريك وكيلا عنهم في استثمار هذا المال، وعلى ذلك يكون عمله في مال غيره قراضًا.

وقد يتفق الشركاء على نقل ملكية الحصص إلى أحد الشركاء لاستثمارها على أن يقتسموا الربح الناشئ، وعندئذ يكون رأس المال ملكا لأحدهم. وفي هذه الحال تفقد العملية صفة الشركة في الواقع ولا يكون إلا تبرع من صاحب المال ببعض الربح ومشاركة له في الخسارة، وقد يتفق الشركاء على أن تكون الحصص شائعة الملكية بين الشركاء، وفي هذه الحال يكون عمل الشريك في مال غيره مقارضة.

شركة المساهمة:

شركة يكون لها رأس مال يقسم إلى أسهم متساوية القيمة، وتطرح هذه الأسهم في السوق لشرائها وتداولها، فيكون لكل شريك عدد منها بقدر ما يستطيع شراءه، ولا يكون كل شريك فيها مسئولا إلا في حدود أسهمه.

وقد وضع القانون قيودًا كثيرة في تأسيس شركات المساهمة قصد بها حماية المساهمين، وحمـاية المتعاملين معها، ولا يجوز تأسيسـها إلا بأمر يصـدر من السلطة العامة. والعمل في مـالها يكون عادة لغيـر أرباب الأموال فيها ولذلك فهي تعـد من قبيل القراض في هذه الحال.

الشركات ذات المسئولية المحدودة:

شركات اسـتحدثها القانون رقم ٢٦ لـسنة ١٩٥٤ للحاجة إليها وهي شركة يجب ألا يزيد عدد الشـركاء فيها على خمسين شريكًا، ولا يكون كل منهم مسئولا إلا بقدر حصته، ولا يجوز أن يقل رأس مالها عن ألف جنيه، ولا تقل قيمة الحصة فيها عن عشرين جنيهًـا. ولها شخصية اعتبارية وذمـة مستقلة. وإذا عين لها مديـر أجنبي كانت قراضًا، وإذا كـان من الشركاء فيـها كان عمله في مال غيره قراضًا.

ومما تقـدم يرى أن جميـع أنواع الشركـات القانونيـة يمكن إدماجها فـي الشركات الفقهيـة على الوضع الذي بيناه، عدا ما أشرنا إليه من وجـود حالات ينعدم فيهـا وصف الاشتراك الذي يقوم عليـه كيان الشـركة كمـا في بعض حالات المحاصـة. أما اختـلاف الأحكام فـيرجع إلى مـقتـضيـات التطور وما تتطلـبه مصلحة الناس، وهي أحكام مقبولة شرعًا متى كانت لا تتعارض مع أصل من الأصول الدينية الكلية.

شركة الوجوه:

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر دون أن يكون لهم رأس مال، فيـتم الاتفاق والتعـاقد بينهم على أن يشتـروا بالنسيئـة، وأن ما

يشتريه أيهم يكون مشتركاً بينهم بالتساوي أو بالتفاضل على الوضع الذي يتم الاتفاق عليه، وعلى أن يبيعوا ما يشترونه، وما ينتج عن ذلك من ربح يكون بينهم.

وعرفها بعض الزيدية بأن يوكل كل من الشركاء الذين هم أهل للتصرف صاحبه في أن يجعل له فيما يستدين أو فيما يشتري جزءاً شائعًا معلومًا، على أن يعملا في التجارة على ذلك، ويكون الربح مشتركًا بينهم.

وإنما سميت بذلك لأن الشركاء فيها لا يكونون في العادة إلا من وجوه الناس الذين هم موضع الثقة المالية.

وهذا النوع من الشركة باطل عند مالك والشافعي وأهل الظاهر والشيعة الجعفرية، وهو قول الليث وأبي سليمان وأبي ثور.

وذهب الحنفية والزيدية والحنابلة إلى صحتها.

ووجه من ذهب إلى أنها باطلة أن الشركة إنما تكون على المال والعمل وكلاهما معدوم في هذا النوع مع ما فيه من الضرر إذ إن كل شريك يعارض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة أو بعمل مخصوص.. ولذلك لا تجوز.

ووجه من ذهب إلى صحتها أنها في الحقيقة تنتهي إلى توكيل كل شريك صاحبه في البيع والشراء، وذلك من الأعمال التي تفيد ربحًا، والوكالة فيه جائزة، والمصلحة تقتضيها، وليس فيها مفسدة، فلا موجب لعدم جوازها.

ويكون ملك السلع فيها على حسب الشرط بين الشركاء. والثمن دين في ذمة الشركاء على هذا الوضع. فكل شريك يعد ضامنًا لحصة من الثمن بقدر ما يخصه، ولذا يجب أن يكون الربح فيها على حسب ذلك الضمان، فإن شرط لأحدهم فضل ربح على حصته من الضمان كان شرطًا باطلا، ويكون الربح على قدر ضمانهما ثمن السلع المشتراة، ذلك لأن الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان فيتقدر بقدره. وإذا قيل أن الربح كما يستحق بالضمان يستحق بالعمل، والعمل متفاوت القيمة، فلماذا لا يجوز التفاضل في الربح فيها على هذا الأساس؟ فالجواب أن هذا إنما يكون إذا كان العمل في رأس مال معلوم كما في المضاربة، وشركة العنان، وذلك غير موجود هنا فلا يستحق بسببه تفاضل، ذلك لأن تقويمه بالشرط إنما يصح إذا ما كان في رأس مال معلوم لا مجهول إذ يكون عند جهالته مجهولا لا لجهالة رأس المال عند عقد الشركة والاتفاق عليها. وفي رأيي أن هذا الجواب لا يخلو من نظر.

وإلى هذا الرأي ذهب الزيدية، وخالف في ذلك الحنابلة فأجازوا اشتراط التفاضل في الربح كما في شركة العنان بناء على التفاوت في العمل خلافًا للقاضي من الحنابلة إذ لم يجز ذلك.

أما الوضيعة فهي على قدر ضمان كل من الشركاء اتفاقًا، لأنها عبارة عن نقص في رأس المال وذلك مختص بملاكه، فوجب توزيعه على قدر حصصهم.

ويرى الحنابلة أنها تتضمن الوكالة والكفالة فيكون كل شريك وكيلا عن صاحبه إذا اشترى وإذا باع، كما يكون كل واحد كفيلا بالثمن الذي يشتري به صاحبه. وخالف في ذلك الحنفية والزيدية فقالوا أن ما يلزم أحد الشركاء من دين لم يلزم به غيره إلا إذا عقدوها مفاوضة، إذ إنها حينئذ تتضمن الكفالة. وليس معنى ذلك أن ما يشتريه أحد الشركاء لا يكون ثمنه على الجميع بل يطالب كل منهم بقدر حصته فيه. يرجع به المتصرف عليهم وذلك بحكم وكالته عنهم في التصرف.

شركة الأعمال أو الصنائع:

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر على حسب شرطهم كالنجارين والخياطين والأطباء ونحوهم، يشتركون فيما يحصلون من أجور مهنهم.

وهي جائزة عند الحنفية والزيدية، ويعرفونها بأنها توكيل كل شريك صانع صاحبه في أن يتقبل عنه ويعمل في قدر معلوم مما استؤجر عليه مثل أن يقول واحد من النجارين مثلا لصاحبه وكلتك في أن تقبل عني ثلث ما استؤجرت عليه من النجارة، وتعمله عني، ويشترطون لصحتها ذكر الصنعة، وليس يشترط فيها اتحاد الصنعة بين الشركاء، بل تجوز مع اختلافها واتحادها. ذهب إلى ذلك الحنفية والزيدية والحنابلة، وقد ذكر الزيدية أن من ذلك النوع أن يشترك إخوة مثلا في الأعمال التي تطلب إليهم فيعمل بعضهم في المال يبيع ويشتري وبعضهم يخدم البقر ويعلفها وبعضهم يقوم بالإصلاح والرعاية وهكذا بحيث لا

ينتظم الحال إلا بكفاية كل منهم في عمله على أن يكون الأجر بين الجميع.

ويشترط المالكية في صحتها اتحاد الصنعة، فتجوز بين محترفي صناعة واحدة، ولا تجوز بين مختلفي الصنائع إلا إذا كان عملا الشريكين متلازمين، بأن يتوقف وجود عمل أحدهما على وجود عمل الآخر كنساج مع غزال، ويجب عندهم أن يكون اقتسام الربح مناسبا لمقدار العمل المشترط على كل شريك، وليس الشرط في ذلك التساوي بل يكفي التقارب عرفا بين الربح والعمل من ناحية المقدار، ويشترط فيها حصول التعاون؛ ولذا أجيزت الشركة في اللؤلؤ بأن يتكلف أحد الشريكين الغوص عليه بينما يمسك الآخر عليه ولا يشترط فيها اتحاد مكان العمل على ما في العتبية، وجاء في المدونة أنه لا بد من اتحاد مكان عمل الشريكين، ووفق بعضهم بين القولين بأن المراد بذلك أن تجول يد كل منهما بالعمل في المكانين (الخرشي جـ٦ ص ٥٩، ٦٠).

وذهب الشافعية والشيعة الجعفرية إلى بطلانها لما فيها من الغرر وعدم الانضباط، ولعدم قدرة كل شريك على عمل ما تقبله شريكه عند اختلاف الصنعة أو عند اختلافهما في الحذق والمهارة. ووجه القائلين بجوازها أنها شركة على العمل، وقد وردت آثار بجوازها، فقد أشرك النبي ﷺ بين عمار وسعد وابن مسعود فيما يصيبون من سلب في الحرب.

ويرى الحنفية جوازها عند اتحاد الصنعة وعند اختلافها، وعدم جوازها في اكتساب ما كان مباحا من الأموال كالاحتشاش والصيد والاحتطاب ونحوه مما يكون في الجبال من أشجار وما في الأرض من المعادن. لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة عندهم في تملك المباح لأنه يملك بالاستيلاء، ويرى الحنابلة جوازها في جميع ذلك، وخالف أبو الخطاب فاشترط اتحاد الصنعة في الشركاء وإلى ذلك ذهب زفز من الحنفية.

وحكمها عند الحنفية الاشتراك في الربح على حسب ما تم الاتفاق عليه في الأصح، لأنه في الواقع بدل عمل، والعمل يختلف في تقويمه.

ويترتب عليها مطالبة كل واحد منهما بما تقبله الآخر من العمل، وبناء على ذلك يطالب كل منهما بالعمل ويطالب كل منهما بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إلى أيهما.

ولا يشترط في استحقاقهما الأجر عمل كل منهما فعلا، فلو مرض أحدهما أو سافر أو امتنع عن العمل بلا عذر كان الأجر بينهما على الشرط لأنه إنما يستحق به لا بنفس العمل كما تقدم في المضارب يستعين برب المال.

ويلاحظ أن التزام كل من الشريكين بما يتقبله الآخر يقتضي كفالته عنه وذلك استحسان، وإلا فالقياس ألا يكون كفيلا إلا إذا عقداها على المفاوضة، وإلى هذا ذهب الحنابلة (المغني جـ٥ ص ١١٤). أما الخسران فعلى حسب التقبل لأنه يتبع الضمان دائمًا.

وذهب الزيدية إلى أن الربح والخسارة يتبعـان التقبل لأنهما يتبـعان الضـمان والضمـان على قدر التـقبل، فصـاحب الثلث يضـمن الثلث وله من الربـح الثلث وهكذا، وتتـضـمن عندهم التوكيل لا الكفالة على الأصح من القولين. والثاني أنها تتضمن الكفالة أيضًا، كما ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة.

وهذا النوع من الشـركة غـير جائـز قانونًا، فـلا يجوز أن يكون رأس مال الشـركة عبارة عن مـجرد أعمال الشـركاء وإنما يجب أن يتضمن جزءًا ماديًّا قد يكون نقودًا أو أعيانًا يمكن التنفيذ عليه إذا مـا لزم الشركة دين ضمانًـا لأرباب الحقوق، لأن رأس المال هو الضمان العام الذي يكفل (محسن شفيق ص ٢١٩).

وإذا احتـاجت الصنعة إلى استـعمال آلة فاسـتعملهـا أحد الشريكـين فليس يؤثر ذلك في ثبوت الشـركة وترتب أحكامـها السابقـة عند الحنفية، وهذا بـشرط ألا يكون من عمله إجـارتها لغيـره، أما إذا أجرها فـإن أجرتها تكون له خـاصة لا مشتـركة لأنها نظير استعمـال آلة مملوكة له فكانت مختصة به. وبناء على ذلك إذا اشـتـرك رجـلان ولأحـدهمـا بغل وللآخـر بعـيـر أن يؤجراهما، فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما، فأجراهما بأجر معلوم في عمل مـعلوم وحمل معلوم كانت هذه شركـة فاسدة. ويقسم الأجر بينهما على مثل أجـرة البغل ومثل أجرة البعير لأن الشركة على هذا الوجه لا تصح. ألا ترى أن ما قال لآخر: أجِّر بعـيرك على أن تكون الأجـرة بيننا لا تصح الوكـالة فكذلك لا تصح الشركة. ولكن إذا لم يؤجرا البغل والبعـير ولكنهما تقبلا

حمولة معلومة ببدل معلوم فحـملا الحمولة عليهما فالأجر على حسب الشرط لأن الـشركة حينئذ شـركة صحيـحة إذ إن الحمل صار مضـمونًا عليهمـا بالعقد بمنزلة أي عمل يتـقبلانه وإلى هذا ذهب الحنابلة (المغني جـ٥ ص ١١٥ والبدائع جـ٤ ص ٦٤).

وعند المالكية إذا كان العمل في حـاجة إلى آلة، فجاء كل واحد من الشريكين بآلتـه فهل يجب لصحة الشركة أن يـستأجر كل شـريك حصـة من آلة الآخر حـتى يكون العـمل الناتج من الآلات مشتركا، أو يجب أن تكون الآلة مـشتركة بينهم بالشراء ونحوه؟ اختلفت المالكية، وذهب ابن القاسم إلى وجوب اشتراك الشركاء فـي الآلات كما وجب اشتراكـهم في الأموال، وذهب غيـره إلى الاكتفاء بالاسـتئجار، فـإذا كانا شريكين استـأجر كل واحد منهمـا نصف آلة صاحبه. (راجع الشـرح الكبير جـ٣ ص ٣٦٣). وفي لزوم شركة الصنائع بالعـقد أو بالشروع في العمل قولان عند المالكية ورجح بعضـهم القول بأنها إنما تلزم بالشروع «الخرشي جـ٥ ص ٥٩».

انتهاء الشركة والمضاربة

ذكرنا فيما سبق أن كلا من الشـركة والمضاربة عند الجمهور عقد جائز غير لازم فيستـقل أحد طرفيه بفسخه، وذلك لتضمن كل منهما الوكالة كما بينا، وهي عـقد غير لازم، وأشرنا إلى ما ورد في ذلك من خلاف عند بعض المالكية وبناء على ذلك ينتهي كل منهما بما يأتي:

١- جنون أحد طرفي العقد جنونًا مطبقًا وفي حكمه العته عند بعض الفقهاء، فإذا جن أحد الشريكين أو جن رب المال في المضاربة أو جن العامل فيها بطل العقد اتفاقًا، وذلك هو حكم كل عقد غير لازم. ولا يحكم ببطلانها إلا بمرور ما يصير به الجنون مطبقًا. ويقدره الحنفية بشهر أو بنصف حول على الخلاف في ذلك، وإذا عمل الشريك الآخر بعد جنون صاحبه كان في عمله كالغاصب بالنسبة إلى صاحبه فيطيب له ربح حصته ويتصدق بما كان يخص المجنون من ربح.

٢- إغماء أحد طرفي العقد. وقيده ابن الرفعة من الشافعية بأن يكون إغماء يسقط به فرض الصلاة. وذلك بأن يستغرق وقتًا من أوقاتها ووجهه أن ما دون ذلك كالنوم لا يزول به أهلية ولا يبطل به عقد نشأ قبله.

وإذا أفاق من أغمي عليه، كان له الخيار إن شاء فاصل صاحبه وإن شاء استأنف شركة جديدة. ولا يرى الحنفية الإغماء عارضًا يبطل به ما حدث من عقود قبله لأنهم يلحقونه بالنوم في الأحكام.

٣- موت أحد طرفي العقد، فإذا مات الشريك بطلت الشركة في حصته لانتقالها بالوراثة إلى وارثه، وبذلك يبطل عقد المورث فيها، وكذلك إذا مات رب المال في المضاربة أو مات العامل فيها.

وعلى ذلك إذا كانت الشركة بين ثلاثة فمات أحدهم انفسخت في حصته فقط دون حصة الباقين، وذلك لأن كلا من العقدين يتضمن الوكالة وهي تبطل بموت كل من الموكل والوكيل. وسواء في ذلك أن يحدث الموت قبل ابتداء العمل أم بعده، وعلى ذلك لا يقوم وارث المتوفى مقام مورثه.

وإذا أراد الوارث المضي فيها فلا بد من عقد جديد لا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال الموجود عند الوفاة نقودًا أو عروضًا.

ولا يشترط لانفساخها بالموت أو بالجنون أو بالعته علم الطرف الآخر بذلك لأن انفساخها في هذه الأحوال نتيجة لانعزال الطرف الآخر عزلا ضمنيًّا لا قصدًا؛ فيتم بحدوث السبب بخلاف انفساخها بالعزل أو بما يدل على الفسخ كما سيأتي.

وفي حكم الموت الردة إذا لحق صاحبها بدار الحرب فقضى القاضي بلحوقه غير أنه يلاحظ أن ردة المضارب لا يترتب عليها بطلان المضاربة عند الحنفية إذ لا تنتهي بها وكالته.

ويرى بعض الحنابلة أنه إذا مات أحد الشركاء كان لوارثه أن يقيم على الشركة إذا كان رشيدًا بعد اتفاقه مع باقي الشركاء، وليس ذلك محل خلاف بين الفقهاء. وإنما الخلاف بينهم في توافر جميع ما يلزم لابتداء الشركة من شروط عند ذلك أيجب أم لا يجب - يرى الحنابلة على هذا القول إن ذلك لا يجب بل يكتفى بما سبق من توافرها عند ابتداء الشركة بين الشركاء قبل

الوفاة. ويرى غيرهم أن ذلك ابتداء شركة جديدة يجب له توافر كل ما يلزم لابتدائها من شروط، حتى لا يصح استدامتها حينئذ إذا كان كل رأس مالها عروضًا أو ديونًا أو أموالا غائبة، ولكن الحنابلة وإن كانوا يرون أن ذلك ابتداء شركة جديدة على أنقاض شركة قد انتهت يقولون إن هذه حال جديدة خاصة دعت إليها المصلحة واقتضى التيسير على الناس أن يعطى لها حكم خاص هو حكم استدامة الشركة المنقضية مع اعتبارها شركة جديدة وليس من وراء ذلك أي ضرر، إذ إنها إنما أنشئت على أنقاض شركة كانت قائمة وعلى شروطها وحلت محلها فكانت في حكم استدامتها، ولا ينفي هذا أنها شركة جديدة حلت محل شركة منتهية، ويدل على ذلك ما في المستوعب: إذا مات أحد الشريكين بطلت الشركة وتسلم الوارث حقه. وما في المغني: الشركة من العقود الجائزة تبطل بموت الشريك. وعلى ذلك فقد انحصر الخلاف في وجوب توافر ما يلزم للشركة من الشروط عند إرادة استدامتها أو عدم وجوب ذلك.

أما أنها ابتداء شركة جديدة فلا خلاف في ذلك بدليل اشتراط اتفاق الطرفين على استدامتها. والظاهر أن ذلك هو حكم المضاربة أيضًا إذ لا يرى بين العقدين فرق يقتضي اختلافهما في هذا الحكم.

وقد ذهب الحنفية إلى أنه إذا توفي أحد الشريكين لم يكن للآخر أن يعمل في ماله سواء أكان رأس المال نقدًا أم عرضًا إلا إذا ابتدأ مع الورثة شركة جديدة تتوافر لها جميع شروطها، ولم

يكن له إلا المقاسمة في رأس المال بين ورثة المتوفى وباقي الشركاء على أساس ما لرأس المال عند ذلك من قيمة بحسب تقويم المقومين. أما في المضاربة فيختلف الحكم في ذلك على التفصيل الآتي:

إذا توفي رب المال، وكان رأس المال ناضًّا جميعه فالأمر عندئذ ظاهر إذ بذلك تنقضي المضاربة ويأخذ كل جانب حقه من رأس المال، وإن كان منه عروض كان للمضارب أن يبيعها حتى ينض رأس المال جميعه وليس له من التصرف حينئذ إلا ما يؤدي إلى تنضيض رأس المال فلا يستبدل سلعة بأخرى، وإنما جاز له ذلك محافظة على حقه حتى يتبين الربح فيعرف مقداره؛ ولذلك لا ينفذ نهي رب المال في هذه الحال إذا ما نهى المضارب عن أن يعمل.

وإذا كان المتوفى هو العامل باعها وصيه للسبب السابق، وانفرد بذلك، وقيل لا ينفرد بل تكون له الولاية مع رب المال فيكون التصرف إليهما، فإن لم يكن للعامل وصي أقيم له وصي لهذا الغرض، وهذا أصح القولين عند الحنفية، لأن الملك لرب المال وحق التصرف كان للمضارب فلا بد من اشتراك المالك وخليفة المضارب وهو الوصي (راجع الهندية جـ٢ ص ٣٣٥، جـ٤ ص ٣٣٠ وابن عابدين جـ٣ ص ٣٨٤ وما بعدها. وتكملة ابن عابدين جـ٢ ص ٢١٦ والبدائع جـ٢ ص ١١٢).

والحنابلة يرون رأي الحنفية في أن عقد القراض عقد جائز يبطل بكل ما تبطل به الوكالة من موت وجنون وحجر، وفي أن

للعامل حقًّا في الربح يستوجب عند الفسخ لسبب من الأسباب أن ينض المال ليظهر ما للعامل من حظ في الربح؛ ولذا إذا كان في رأس المال عروض عند انفساخ القراض بالموت كان للعامل حق بيع العروض لينض رأس المال حتى يتبين حقه. فإذا توفي رب المال قام العامل بذلك وإن كان المتوفى المضارب اتفق رب المال مع ورثته على بيعها لهذا الغرض فإن اتفقوا وإلا باعها الحاكم، وانتهت ببيعها المضاربة وأعطى الورثة حظهم من الربح (كشاف القناع جـ٢ ص ٢٥٨، ص ٢٦٩).

وإلى هذا ذهب الشافعي رحمه الله، غير أن المضارب عنده لا يملك حصته من الربح إلا بقسمته أو بتنضيض رأس المال بعد ارتفاع العقد على أظهر الروايتين، أما قبل ذلك فلا ملك له فيه، وإنما يكون له حق يتأكد بظهور الربح فيورث عنه لذلك ولا يكون من حق رب المال ولا من غرمائه ويغرمه رب المال بإتلافه المال (نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٣٥ وص ٢٣٧ وما بعدها).

ويرى المالكية أنه إذا توفي رب المال أو العامل قبل البدء في القراض بالعمل في رأس المال بطل العقد بالوفاة، لأن العقد غير لازم على ما بينا فيما سبق، والمال عندئذ ناض ولم يثبت للعامل حق فيه؛ ولذا يدفع إلى مالكه.

أما إذا كانت الوفاة بعد الشروع في العمل أن اشترى برأس المال عروضا أو سافر به المضارب للعمل فيه حيث قصد «على رأي عندهم» فلا يترتب على الوفاة انفساخ العقد في الحال.

ذلك لأنه إن كان المتوفى رب المال لم يجز أن يترتب على الوفاة بطلان حق ثبت للعامل فيبقى العامل على عمله وعلى شروط القراض ولا يكون للورثة حينئذ حق انتزاع المال منه، وإن كان المتوفى العامل فقد حدثت وفاته بعد أن ثبت له حق العمل في المال فينتقل هذا الحق بعد وفاته إلى ورثته ولا يكون لرب المال أن ينتزع المال منهم؛ لأن ذلك مبطل لحق انتقل إليهم عن مورثهم.

وفي الزرقاني على مختصر خليل أن ذلك مقيد بما إذا كان وارث العامل أمينًا حاذقًا بالعمل فيبقى العقد كما هو الحكم في الجعالة إذا ما توفي العامل قبل إتمام العمل الذي جعل له الجعل. وعلى ذلك يبقى عقد القراض إلى أن ينض المال حينئذ، فإن لم يكن الوارث كذلك فله أن يأتي بعامل مثل مورثه في الأمانة والحذق والبصر بالعمل، فإن رفض أن يأتي أو لم يأت به سلم المال إلى ربه ولا شيء لوارث العامل إلا أن يستأجر رب المال من يعمل فيه - : حتى ينض، وعندئذ يظهر ما يستحق وارث المضارب من الربح فيعطى له، وذلك بنسبة ما عمل مورثه كما في الجعالة، وإنما كان ذلك لرأي رب المال ولم يكن عليه أن يفعل ذلك ويرجع بالأجر في تركة المضارب كما هو الحكم في المساقاة؛ لأن المساقاة تستوجب شغل ذمة المساقي بالعمل فكان ذلك محملا على التركة. أما القراض فلا يستوجب شغل ذمة المقارض بالعمل لأنه عقد غير لازم، ولأن القصد في القراض نفس العامل، لما عرف فيه من حذق وأمانة وبصر فافترقا.

وجاء في المدونة:

قال مالك في الرجل يدفع إليه المال قراضًا فيموت بعد أن يعمل فيه: إن كان ورثته مأمونين قيل لهم تقاضوا هذا المال وبيعوا ما بقي في يد صاحبكم «مورثكم» من السلع وأنتم على الربح الذي كان له، وإن كانوا غير مأمونين فأتوا بأمين ثقة كان لهم ذلك، وإن لم يأتوا بأمين ثقة ولم يكونوا مأمونين سلم النقد والعرض وجميع مال القراض إلى صاحبه، ولم يكن لورثة البيت من الربح قليل ولا كثير. وإن مات رب المال فالمقارض على قراضه بحال ما كان أن أراد ورثة رب المال ذلك، فإن أرادوا أخذ مالهم كانوا بمنزلة ما وصفت لك في الرجل إذا قارض رجلا فاشترى سلعة ثم أراد أخذ ماله فليس له ذلك.

وبناء على ذلك لا يبطل عقد القراض بوفاة رب المال مع بقاء المقارض وإن كان المال ناضا ولكن يبقى ما أراد الورثة بقاءه، فإن أرادوا فسخه كان لهم ذلك بعد أن ينض رأس المال. أما وفاة المقارض فتبطل العقد إبطالا مؤجلا إلى أن ينض رأس المال إما بعمل الورثة وإما بعمل الأمين الذي أتوا به، فإن لم يأتوا بأمين وكانوا غير أمناء أو غير حاذقين لم يكن لهم من الربح شيء لأن المقارض لا يملك حظه إلا بقسمة الربح عند مالك. وذلك ما لم ير رب المال أن يستأجر من يقوم بتنضيض رأس المال فعندئذ يكون لهم من الربح بنسبة ما عمل مورثهم على ما بينا (راجع الباجي جـ٥ ص ١٧٤، و ١٧٥، والزرقاني على مختصر خليل جـ٦ ص ٢٣٢).

ويرى ابن حزم أنه إذا مات أحد طرفي القراض بطل. أما بطلانه بموت رب المال فلأن المال صار إلى ورثته، ولم يكن منهم مع المقارض عقد قراض. وأما بطلانه بموت المقارض فلأن عقد رب المال كان معه لا مع ورثته، إلا أن عمل المقارض بعد موت رب المال أو عمل ورثته بعد موت مورثهم ليس إلا من قبيل إصلاح المال فلا يعتبر تعديًا عليه ولكن الربح كله يكون لصاحب المال وللعامل أو ورثته أجر مثل عملهم (المحلى جـ٢ ص ٢٤٩).

٤- الحجر على أحد الشركاء أو على رب المال بسبب السفه.

وذلك لأن الحجر للسفه على الموكل يترتب عليه عزل وكيله. وبناء عليه إذا حجر على أحد الشركاء لم يصر باقي الشركاء وكلاء عنه في التصرف فتنقضي بذلك الشركة. وقد ذكرنا أن كل ما تنتهي به الوكالة تنتهي به الشركة. وكذلك الحكم إذا حجر على رب المال في المضاربة فإن المضارب ينعزل بذلك فلا يكون وكيلا عنه إذا تصرف. أما إذا حجر على المضارب للسفه. ذهب إلى ذلك الحنفية، إذ يرون أن حكم السفيه هو حكم الصبي المميز إلا فيما استثنى من ذلك. والصبي المميز أهل لأن يوكل عن غيره، فكذلك السفيه، وذلك بناء على أن الموكل قد ارتضى رأيه وتصرفه وله أن يعزله في أي وقت شاء. وخالف في ذلك من يرى من الفقهاء أن تصرف السفيه باطل لانعدام أهليته بالحجر عليه، إذ رأوا أنه ينعزل بهذا الحجر

من الوكـالة إذا كـان وكـيـلا. وعلى ذلك يكون الحـجـر على المضارب منهيًّا أيضًا لعقد المضاربة لعدم صلاحية المضارب حينئذ للتـصــرف وانعـدام أهليـته، وممن ذهـب إلى ذلك الشـافعـيـة والحنابلة.

ومن الفقهـاء من يرى انعزال الوكيل بالحجر عليـه للسفه؛ لأن الموكل إنما رضي برأيه رشيدا لا سفيها.

٥- التفليس عند من يراه من المالكية والشافعية والحنابلة.

فإذا أفلس أحد الشـركاء أو رب مال المضاربة انقـضى عقد الشركة أو عقد المضاربة بذلك، أما إذا أفلس المضارب فلا ينتهي بذلك عقد المضـاربة إذ إنه يتصرف في مال غـيره بحكم الوكالة والمفلس أهل لأن يكون لتفليسه أثر في عقد المضاربة.

أما الحنفيـة فلا يرون التفليس وإنما يرى الصاحبـان الحجر للدين وذلك بمنع المدين من التبرع.

٦- إقدام أحد طرفي المضاربة أو الشركة على فسخها.

ذلك لأن كلا من عـقد الشركة وعـقد المضاربة عقـد غير لازم عند جـميع الأئمة مـا عدا بعض المالكـية، على ما قـدمنا بيانه. وعلى ذلك إذا فسخ أحـد الشركاء عقد الشـركة نفذ ذلك في حصته من رأس المال سواء أكـان ذلك قبل التصرف في رأس المال أم بعده عند الحنفـية والشافعـية والحنابلة والزيدية والشيـعة الجعـفرية وأهل الظاهر وبـعض المالكية. غـير أن بعض الحنفـية كالطحـاوي يشترط لنفـاذ هذا الفسخ أن يكون رأس المال ناضًّا،

فإذا كان عند الفسخ بعضه عروض لم تنفسخ الشركة. وهذا الحكم قد روي عن الحنفية في المضاربة فقد ذهبوا فيها إلى أن رب المال إذا نهى المضارب عن العمل فيه صح نهيه إذا كان رأس المال ناضا جميعه، وإن كان له بعد النهي أن يصرف الدراهم إلى دنانير وبالعكس لاتحادها في الثمنية فكأنه بذلك لم يتجر. وعلى ذلك ليس له بعد النهي أن يشتري عروضا ولا أن يستبدل سلعة بأخرى ولكن له أن يتصرف ببيع العروض توصلا إلى تنضيض رأس المال ليظهر حقه، فلم يعمل النهي في ذلك لما فيه من إبطال حقه. وقد ألحق الطحاوي الشركة بالمضاربة في ذلك وإن لم يرد عن السلف من الحنفية قول بذلك أو بخلافه في الشركة.

وفرق بعض المتأخرين من الحنفية بين العقدين فأجازوا الفسخ في الشركة وإن كان في رأس المال عروض دون المضاربة. وذلك بناء على أن مال الشركة في يد الشركاء جميعًا ولكل منهم ولاية التصرف فيه فيملك كل منهم نهي صاحبه بحكم أنه وكيل عنه سواء أكان المال ناضا أم ليس بناض. أما في المضاربة فالمال في يد المضارب له فيه ولاية التصرف فلا يملك رب المال نهيه إذا كان عروضا (البدائع جـ٦ ص ٧٧ - الهندية جـ٢ ص ٣٣٥).

وفي نظري أن هذا الفرق لا يستوجب اختلافهما في هذا الحكم كما هو واضح، فالمضارب في تصرفه وكيل وكذلك الشريك، فإذا صح نهي الموكل أحدهما صح نهيه الآخر.

وإلى هذا الرأي الذي ذهب إليه الطحاوي ذهب الحنابلة. غير أن القول بانفساخ الشركة مطلقا هو المختار عند الحنفية كما في فتح القدير، هذا وإنما ينفذ الفسخ إذا كان بمحضر من الشريك الآخر أو علم به، لأنه في معنى عزله من الوكالة، والحنفية يشترطون لذلك العلم خلافا للشافعية على أصح القولين والحنابلة.

وفي حكم الفسخ عزل الشريك شريكه وجحوده الشركة وكذلك قول الشريك لا أعمل معك، وكل ما يدل على فسخه العقد (الدر المختار وابن عابدين جـ٣ ص ٣٨٤ والمنتزع جـ٣ ص ٣٦٣ وتحرير الأحكام جـ٢ ص ٢٧٢، ص ٢٧٥).

ولا فرق في ذلك بين الشركة والمضاربة. غير أنه في المضاربة إذا أقدم رب المال على فسخها فإن كان رأس المال ناضا فالأمر ظاهر وإلا كان للمضارب أن يقوم بتنضيض رأس المال لإظهار حقه على ما بينا عند وفاة رب رأس المال. وإذا تعدد الشركاء ففسخها أحدهم أو عزل الشريك أصحابه لم ينفذ ذلك إلا في حصته فقط، وتبقى الشركة في حصص الباقين على شروطها مع ملاحظة انعزال المعزول عن العمل في حصة العازل عند عزله دون أن ينعزل بذلك العازل عن التصرف في حصة المعزول لأنه لم يعزله.

ويلاحظ أن المالكية يرون أنه إذا أقدم أحد الشركاء على فسخ المضاربة وكان المال ناضًا نفذ فسخه في الحال ووجب حينئذ رد رأس المال إلى صاحبه. وإن فسخه والمال غير ناض لم

ينفسخ في الحال بل يبقى حتى ينض رأس المال، فإذا نض انتهى العقد.

وقد جاء في المدونة:

«إذا دفع رجل إلى آخر مالا قراضا فاشترى سلعا فأراد رب المال عـدم المضي في القراض ورغب فـي أخذ مـاله لم يكن له ذلك ولكن ينظر فيما هو مـوجود وقائم بين يديه من السلع فإن رأى السلطان وجـه بيع لها باع. وإن لم ير وجـه بيع لهـا أرجأ الأمـر إلى أن يرى لهـا وجـه بيع، فـعنـد ذلك تبـاع وينفـسخ القراض» وإنما كـان ذلك للمحـافظة على ما للعـامل من الحق، فإنه لا يظهر إلا بتنضيض رأس المال، فلا يجوز حينئذ أن يشتري به عينا أخرى أو تستأنف به تجارة جديدة لبطلان العقد حينئذ.

فالفرق بين المالكية وغيرهم إذن أن المالكية يرون بقاء العقد إلى أن ينض رأس المال ولكن غـيرهم يرى أن العـقد قد انـتهى ويجب بعد ذلك تنضيض رأس المال لحق المضـارب لا باعتبار أن العقد لا يزال قائمًا (الباجي جـ٥ ص ١٦٢ وما بعدها).

والواقع أن الخلاف على هذا الوضع ليس له أثر عملي.

ويرى ابن حزم أن القراض عـقد غير لازم كمـا يرى غيره من الفقهـاء فيستـقل أحد طرفيه بفـسخه، فإن فـسخه رب المال وكان في المال عروض أجبر العامل على بيعها في الحال خسر في ذلك أم ربح، ولا يجـوز تأجـيل ذلك إذ لا يدري إلى أية مـدة يؤخر البـيع، وليس يعلم متـى ترتفع الأثمان ومتى تـنخفض، فإيجاب التـأخير لهذا الهدف خطأ، ولا يلزم أحـد بأن يباع ماله

على وجه يتحول به إلى غيره. ثم قال والعجب ممن يلزم صاحب المال أن يصبر حتى يكون للسلع سوق ووجه بيع مراعاة للعامل وهو لا يرى الإجبار على تدارك من يموت جوعًا بالنسبة إلى ذوي رحمه وقرابته وذلك بإعطائه ما يقيم به رمقه.

٧- هلاك المال.

ذهب الحنفية إلى أن هلاك أموال الشركاء في الشركة أو هلاك مال أحد الشريكين فيها مبطل للشركة إذا كان هذا الهلاك قبل التصرف. وهلاك المال حينئذ على صاحبه إذا كان الهلاك قبل الخلط الذي يزول به التمييز، أما إذا كان بعد خلط لا يتميز به أحد المالين من الآخر فإن الهلاك يكون عليهما بنسبة ما لكل منهما.

أما بطلان الشركة بهلاك الأموال فلزوال محلها إذ النقود فيها تتعين بالتعيين وأما بطلانها بهلاك أحد المالين فلأن بطلانها فيما هلك يستلزم بطلانها في المال الآخر لأن صاحبه لم يرض بشركة صاحبه في ماله إلا على أساس شركته معه فيما هلك، ولم يتم له ذلك.

أما هلاك المال بعد التصرف فهو هلاك لمال مشترك فيكون على الشركاء وتبقى الشركة فيما بقي منه.

وإذا هلك مال أحد الشركاء بعد أن اشترى صاحبه سلعًا بماله فالسلع المشتراة مشتركة بينهما بناء على قيام عقد الشركة المتضمن للوكالة عند الشراء. وما هلك هلك على صاحبه

خاصــة، ويرجع المشتـري على صاحبـه بما يخصــه من الثمن، وتكون شركتــهما في السلع شركــة ملك لانقضاء عقــد الشركة بينهما بهلاك أحد المالين قبل التصرف فيه.

أما إذا هلك أحد المالين ثم اشتـرى الآخر بماله سلعًا، فإن كانت الوكالة مصرحًا بها في عقد الشركة بأن نص عليها صراحة لم تنته بانتهــاء عقد الشركة، وكانت السلعة بنــاء على بقاء عقد الوكالة مشتركــة بين الشريكين شركة ملك، وإن لم تكن الوكالة مصرحًا بها، وإنما استتبعها عــقد الشركة فإنها تنتهي بانتهاء عقد الشــركة، وعلى ذلــك تكون السلعة المــشتــراة ملكا خــاصًّــا لمن اشــتراها لأن الشــركــة، حين بطلت بطل مــا في ضمنهــا وهي الوكــالة. (راجــع الدر المختــار وابن عـــابدين جـ٣ ص ٣٧٦ والبدائع جـ٦ ص ٧٨).

وقد نص الحنفية على أن النقود تتعين بالتعيين في الشركات والهــبات والوصــايا ولا تتعين في المعــاوضات ولا في المضــاربة والوكــالة المفردة؛ وعلى ذلك فــهلاك رأس المال في المضــاربة لا يترتب عليه فسخ العقد إذا كان الهلاك قبل القبض.

والفرق بين الشركــة والمضاربة أن تعين رأس المال يجب أن يكون لأنه محــل العقد، غــير أنه في المضاربة أمــكن أن يجعل تعيينه بالقبض لاشتراطه لتــمام المضاربة؛ إذ لابد فيها من تسليم رأس المال إلى المضارب، فكان هلاكه قــبل القبض لا يعد هلاكًا لمحل العقد لعدم تعينه، فلا تبطل المضاربة بهلاكه في هذه الحالة بخلاف هلاكــه بعد قبضه إذ تــبطل المضاربة عندئذ بذلك لزوال

محل العقد لا إلى بدل، لأن المضارب في هذه الحال أمين، أما في الشركة فليس يجب فيها قبض وعلى ذلك لا سبيل إلى تعيين محل العقد فيها إلا بالعقد فكانت النقود بذلك متعينة بناء على العقد عليها وكان هلاكها قبل القبض في يد الشريك الآخر وبعده سواء في أنه مبطل للعقد فيها.

وبناء على ما ذكرنا تبطل المضاربة بهلاك رأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئًا عند الحنفية، لأنه تعين بعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة. وكذلك إذا استهلكه المضارب أو أنفقه في شئون نفسه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه فإنها تبطل في هذه الحال حتى لا يكون له بعد ذلك أن يضارب فيما حل محله من ضمان وذلك لصيرورة المضارب باعتدائه ضمينًا لا أمينًا.

أما إن تعدى على المال غيره وهو في يده فاستهلكه فأدى ضمانه كان له أن يضارب في البدل في هذه الحال، لأن الاعتداء لم يكن له فيه يد. وقد حل الضمان محل رأس المال فلا يبطل العقد بناء على ذلك لأن أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه فيكون ذلك الأخذ على المضاربة، وهذا إذا هلك مال المضاربة قبل الشراء به.

أما إذا هلك بعد الشراء به كأن كان مال المضاربة مائة جنيه مثلا فاشترى بها المضارب فرسًا ولم ينقد الثمن حتى ضاعت المائة بلا تعد، فضياعها حينئذ على رب المال فيرجع بقدرها عليه ويسلمها إلى البائع، فإن ضاعت قبل تسليمها إليه رجع بها مرة

أخرى على رب المال وهكذا لأن المضارب أمين، ويكون ما دفعه رب المال أولا وثانيًا وثالثًا رأس مال للمضاربة، وذلك لأن المضارب إنما يتصرف لرب المال، فيرجع عليه، بما يلحقه من ضمان كالوكيل، غير أن الفرق بينه وبين الوكيل أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله على الموكل ثم هلك ثانيا فإنه لا يرجع على الموكل، لأن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل، إذ إن ذلك هو المقصود منها، ووجب بذلك على الوكيل الثمن للبائع، فإذا هلك قبل أن يسلمه للبائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع، فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه عندئذ فلا يرجع بعد ذلك بشيء، بخلاف المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء، لأن المقصود منها الربح وذلك يقتضي توالي الصفقات، وإذا بقى العقد كان له أن يرجع أولا وثانيا وهكذا على أن يكون ما يغرمه رب المال رأس مال لها يجبر بما يكون من ربح بعد ذلك (البدائع جـ٦ ص ١١٣).

ويرى الحنابلة أنه إذا هلك أحد المالين بعد العقد ولو كان ذلك قبل الخلط فهو من ضمان الشريكين جميعًا لقيام العقد الذي يقتضي أن يكون المالان كالمال الواحد.

وإذا تلف في المضاربة رأس مالها بطلت المضاربة ولو كان ذلك قبل التصرف فيه، وإن تلف بعضه كانت المضاربة في باقيه، واعتبر هو رأس مالها إذا كان هذا التلف قبل التصرف.

أما إذا كان بعد التصرف فإن العقد لا يبطل بالنسبة لما هلك ويظل رأس المال معتبرًا باقيا على حاله فيجبر هذا التلف بالربح.

وإذا تلف مال المضاربة بعد الشراء قبل نقد الثمن أو تلف هو والسلعة جميعًا فالمضاربة تبقى على حالها لأن الموجب لفسخها وهو التلف حين الشراء أو قبله لم يتحقق، وثمن السلعة على رب المال ويصبح رأس المال هو الثمن دون ما تلف خلافًا للحنفية كما تقدم ويطالب البائع أيهما شاء رب المال أو المضارب (كشاف القناع جـ٢ ص ٢٥٥، ٢٦٦).

٨ - استرجاع رب المال رأس ماله في المضاربة قبل التصرف فيه أو استرجاع بعضه، ففي هذه الحال تبطل المضاربة فيما استرده من رأس مالها، ويصبح رأس مالها ما بقي منه، فإن استرد المال كله بطلت، لأن ذلك يعد فسخًا لها قبل التصرف في رأس المال، وقد علمت أنها عقد غير لازم.

هذا، وإذا انفسخت المضاربة وللمضارب ديون على الناس نتيجة المضاربة فإن كان في المال ربح أجبر على تقاضي الديون وقبضها، وإن لم يكن فيه ربح لم يجبر على ذلك، بل يقال له أجل رب المال بالمال على الغرماء، ذلك لأنه إذا كان في المال ربح كان عمله أشبه بعمل الأجير، والأجير مجبور على العمل فيما التزم به، فكان لذلك مجبورا، وإن لم يكن في المال ربح كان عمله عمل الوكيل، والوكيل لا يجبر فكذلك هو، وإنما طلب منه أن يحيل رب المال ليتمكن من قبض الديون لأن حقوق العقد إنما ترجع إلى المضارب فلا تثبت له من غير إحالة ولاية القبض (البدائع جـ٦ ص١١٤، ص ١٠٨).

وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية.

حكم كل من الشركة والمضاربة عند فسادها

إذا لم يتوافر للشركة أو للمضاربة شرط من شروط صحتها فسدت وفي هذه الحال لا يترتب على كل منهما أي أثر من الآثار التي رتبها الشارع عليها، ولا يكون لما تتضمنه من الشروط إلزام، لأنها شروط تضمنها عقد فاسد، فكانت لذلك غير صحيحة. وعلى ذلك لا يكون ما يحدث من الربح على وفق ما شرط فيه، فإن كان العقد شركة لم يكن لأحد الشركاء أجر في ذمة أصحابه لقاء عمله في مالهم، لأنهم أيضًا يعملون في ماله، ويكون الربح فيها إذا كان ربح على حسب رأس المال.

وفي المضاربة الفاسدة يكون المضارب في المال بمنزلة الأجير لربه إذا لم يخالف شرطًا له، فإذا خالف كان بمنزلة الغاصب وصار المال في يده مضمونًا عليه، وإذا حدث فيها ربح كان لصاحب رأس المال في الحال الأولى، وللعامل أجر مثل عمله، وفي الحال الثانية يكون الربح كله للعامل بضمانه ولكن لا يطيب له فيجب عليه ديانة أن يتصدق به في قول أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف، وعلى ذلك يرى أن الحكم في ذلك كالحكم في الغاصب والوديع إذا تصرفا في المال المغصوب أو المال المودع فربحا (البدائع جـ٦ ص ٧٧، ٨٧).

وليس للمضارب في المضاربة الفاسدة أن يعمل ولا يستحق بعمله حظا من الربح، ولا يجوز له أن ينفق على نفسه من رأس المال إذا سافر، وإنما له أجر مثل عمله ربح أم لم يربح، وإذا لم يخالف ما شرط عليه كان المال في يده أمانة، وذكر الطحاوي أن

في ذلك خلافا وأن هذا هو قول الإمام خلافًا لصاحبيه إذ قالا بأنه يضمن إذا هلك المال في يده، هذا ما ذهب إليه الحنفية (البدائع جـ٦ ص ٧٧-٧٨).

وذهب الشافعية إلى أن لكل شريك ذا عمل في الشركة الفاسدة أجر مثل عمله؛ وعلى ذلك يحدث التقاص بين الشركاء إذا تساوت أجورهم فإذا اختلفت رجع من زاد أجره على من نقص أجره بقدر ما يخصه من زيادته إذا كان من نقص أجره يجب عليه من العمل أكثر مما قام به، وإذا شرط للأكثر عملا قليل الأجر لم يرجع بما يستحق من أجر زائد لاعتباره متبرعًا بزيادة عمله فلا يستحق عليها أجرًا (نهاية المحتاج جـ٥ ص ١٢).

أما في القراض فللعامل أجر مثله والربح كله لرب المال، وله أجر مثله ربح أم لم يربح، وتصرفه في المال نافذ لبقاء الوكالة مع فساد العقد، إلا أن يكون الفساد راجعًا إلى تخلف شروط صحة الوكالة فلا ينفذ تصرفه في هذه الحال. وإذا شرط في القراض الفاسد أن يكون الربح كله لرب المال لم يستحق العامل أجرًا لتبرعه حينئذ وإلى هذا ذهب الحنابلة أيضًا. (كشاف القناع جـ٢ ص ٢٦٠).

ويرى الشافعية إلزام العامل في القراض الفاسد بقضاء الديون عند فسخه وبتنضيض رأس المال، وإن لم يكن ربح، وقيل لا يلزم بذلك إذا لم يكن ربح (نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٣٨ وما بعدها).

ويرى المالكية مذهب الشافعية والحنابلة في وجوب أجر المثل للشريك العامل في الشركة الفاسدة، أما في القراض الفاسد ففيه عندهم قراض المثل في أحوال معدودة، وله أجر مثل عمله في غيرها من الحالات، وعلى ذلك له قراض مثله في الآتي:

١- إذا جهل حظ المقارض من الربح كأن يقارضه على أن يكون له حظ من الربح ولا عادة في تعيين ذلك أو يقول له قارض في هذا المال.

٢- إذا وقتت المضاربة بوقت: سنة أو أكثر، أو أضيفت إلى زمن مستقبل، كإذا جاءت سنة كذا فاعمل في هذا المال على كذا.

٣- أن يتضمن عقد القراض شرطًا يقضي بتضمين المقارض لرأس المال.

٤- أن يقارض رب المال المقارض فيما يبيع به المقارض سلع فلان، كأن يقول له اشتر سلعة فلان وقارض في ثمنها، وفي هذه الحال يكون المقارض أجيرًا في الشراء، له أجر مثله. وإذا اتجر في الثمن بعد بيعها كان له قراض مثله.

٥- أن يشترط رب المال على المقارض الشراء بالدين، فيخالف إلى الشراء بالنقد، فإذا ربح كان له قراض المثل، وإذا خسر كانت الخسارة على العامل، وإذا نفذ

واشترى بالدين فالربح والخسارة للعامل لأن الثمن صار قرضًا في ذمته، فلم يكن عاملا في مال غيره.

٦- أن يشترط عليه التجارة فيما يوجد تارة وينعدم تارة أخرى.

٧- إذا ما اختلفا فيما اتفقا عليه من قسمة الربح بينهما مما لا يقره العرف كأن يدعي رب المال أن الاتفاق على أن يكون للمقارض ثمن الربح ويدعي المقارض أن الاتفاق على أن يكون له الثلثان، وكان ذلك بعد العمل في المال.

ففي هذه المسائل يكون للمقارض قراض مثله إذا ما ربح، فيثبت ذلك حقا له في الربح لا في ذمة رب المال، حتى إذا هلك المال لم يكن للمقارض شيء. وعلى ذلك لا يكون له شيء إذا لم يكن ربح.

أما في غير هذه المسائل فيكون للمقارض أجر مثله ربح أم لا.

كما يفرق كذلك بين هاتين الحالين بأنه إذا عثر على ما يجب فيه قراض المثل أثناء العمل لا يفسخ العقد بينهما، بل يستمر العامل في عمله، بخلاف ما يجب فيه أجر المثل، فإنه يفسخ إذا ظهر وللعامل حينئذ أجر مثل ما أتمه من عمل. (الشرح الكبير والدسوقي عليه جـ٣ ص ٥٢٠).



المحتويات

مؤلفات الأستاذ علي الخفيف

- أسباب اختلاف الفقهاء .
- الملكية في الشريعة الإسلامية .
- أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية .
- الصحابة في الفقه الإسلامي .
- الضمان في الفقه الإسلامي .
- أحكام المعاملات الشرعية .
- أسباب اختلاف الفقهاء .
- فُرَق الزواج .
- التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة .
- الشركات في الفقه الإسلامي: بحوث مقارنة .
- أحكام الوصية: بحوث مقارنة .